

Право

На протяжении столетий юридические науки, а вместе с ними и все человечество, пытались понять, что есть “право”. Однако, даже сегодня, в XXI веке по этому вопросу так и нет общепризнанного мнения. Никакая теория права не может уклониться от ответа на этот вопрос. “Отправной точкой всякого последовательного изучения любого вопроса должно быть определение, дабы можно было понять, о чем именно рассуждаем” [106, с.300]. При отсутствии удовлетворительного определения понятия права не могут быть очерчены границы его теории, теория рискует быть противоречивой и вообще рискует стать не теорией. Таким образом, формулирование определения понятия права является важнейшей задачей одноименной теории. “Первой и основной задачей построения научной теории права является образование соответствующего понятия, понятия права” [60, с.203].

Наиболее глубоким и теоретически обоснованным нам представляется определение понятия “право”, которое было дано на рубеже XIX и XX веков великим русским правоведом Е.Н. Трубецким [89]. Обоснование определения этого понятия в настоящей работе во многом следует тому, которое развивает Е.Н. Трубецкой.

Памнятуя о том, что мы говорили об определении в первой главе, для точного отграничения данного понятия от всех других понятий по содержанию и объему нам необходимо выделить все его существенные признаки.

Первый признак, который приходит в голову, это то, что право выражает собой правила, которые либо обязывают, либо запрещают что-то делать. Недаром в русском языке существует большая группа однокоренных слов (правильный, праведный, правило, правление, правосудие и т.п.), которые могут быть объединены общим представлением о чем-то таком, что является правильным, чего не следует нарушать. Отсюда же и слово “правёж”, т.е. наказание за нарушение.

Со словом “право” мы интуитивно связываем некое, исходящее извне повеление, предписание совершения или, наоборот, запрета каких-либо действий, т.е. обязанность. При этом всякая обязанность, как одна сторона медали, подразумевает наличие другой стороны - чьего-либо права. Отсутствие одной из сторон делает бессмысленным существование другой. Нет должника без кредитора, как нет и кредитора без должника. Нет права собственности, если некому посягнуть на это право. Следовательно, право может существовать, только в совокупности разумных существ, т.е. в обществе. Выполнение этого условия в объективной реальности, т.е. существование общества, мы можем считать установленным в предыдущей главе.

С другой стороны, общество разумных существ не может существовать без права. Невозможно представить себе такое собрание людей, в котором никто не признавал бы за своим соседом никаких прав, в том числе ни права на жизнь, ни права на имущество и т.п. Такое собрание не могло бы быть человеческим обществом. Люди могут составить общество только при том условии, что за его членами признаются хоть какие-то права, которые другие члены общества не должны нарушать. То есть, каждый должен согласиться признавать за собой обязанность не нарушать чужих прав. Живя в обществе (а никакой другой возможности у нас нет - Аксиома 4), человек не может не поступаться частью своих личных интересов. Он должен уважать чужую жизнь, взгляды, свободу, право на имущество. При этом человек вправе ожидать такого же отношения от других людей. “Итак во всём, как хотите, чтобы с вами поступали люди, так поступайте и вы с ними” [Мф. 7,12]. То, что какая-то часть людей ведет себя не в соответствии с этими

принципами, является исключением, которое не может поколебать самого правила. Все в обществе знают, не могут не знать о существовании определенного порядка, которому должно подчиняться. Опираясь на Аксиому 4, которая говорит о том, что мы все обречены на жизнь в обществе, мы не можем сделать иного вывода. Общество немыслимо без хоть какого-то порядка, существующего в нем. Отсюда можно сделать вывод и о том, что в самом общем виде право - это порядок, регулирующий отношения людей в человеческом обществе. Состояние "*bellum omnium contra omnes*" [15, с.280] - не есть состояние общества - это уже не общество.

Говоря о человеческом обществе, мы подразумеваем, что оно состоит из разумных и свободных граждан. Разумных в том смысле, что каждый из них в состоянии, как минимум, понять обращенное к нему требование. Свободных только в том смысле, что каждый из них обладает внутренней свободой, свободой выбора соблюсти или нарушить чужое право в смысле Аксиомы 1, предполагающей такую его способность. Как было сказано А.Эсменом еще сто лет назад: "Источник всякого права находится в личности, так как только личность есть существо реальное, свободное и ответственное".

Итак, право одного всегда выражает одновременно и обязанность другого. А обязанность может быть приписана только такому лицу, которое может выбрать между должным и недолжным. Право не является неким "законом всемирного тяготения", который помимо нашей воли заставляет людей поступать только должным образом. Право (правило) выступает как требование, обращенное к нашей свободной воле, требование, которое мы можем исполнить или нарушить. Свобода, внешняя свобода, свобода поступать тем или иным образом и составляет содержание права. "Источник права... лежит в свободе, но здесь свобода является в другой форме: это свобода внешняя, которая состоит в независимости лица от чужой воли во внешних действиях... Внешняя свобода становится правом, то есть требованием, единственно потому, что она составляет явление внутренней, абсолютной свободы лица" [108, с. 101].

Формулируя определение понятия, полезно использовать правило Ж.Э.Ренана: "Если вы хотите подчеркнуть важность какой-либо идеи, устраните ее и покажите, чем сделался бы мир без нее". В нашем случае такой идеей является свобода как содержание права. Очевидно, что там, где нет внешней свободы, там нет и права. Существо, лишенное внешней свободы - раб, есть вместе с тем и существо бесправное. Свобода лица достигать тех или иных целей является настолько существенным признаком, что с ее уничтожением уничтожается и само право. По словам И.Канта "право - это совокупность условий, при которых произвол одного [лица] совместим с произволом другого с точки зрения всеобщего закона свободы" [29, с. 38].

Таким образом, именно внешняя свобода является важнейшим элементом права, без которого оно существовать не может.

Дополнительное подтверждение этого очень важного для понимания сущности права утверждения дает анализ содержания конкретных прав. Например, право на жизнь означает, что только сам человек свободен располагать своей жизнью, а все люди должны уважать эту свободу, в том смысле, что никто не должен препятствовать ему распоряжаться ею (жизнью) любым способом, вплоть до самоубийства, а так же в том смысле, что никто, кроме самого человека, распоряжаться его жизнью не может, т.е. никакой другой человек, ни общество в целом не могут покушаться на его жизнь. Право собственности есть свобода лица-собственника владеть, пользоваться и распоряжаться принадлежащей ему вещью, и никто не должен посягать на эту свободу. Право на получение долга есть свобода

кредитора требовать от должника уплаты, и никто не должен запрещать такое требование. Этот ряд примеров может быть продолжен и везде мы увидим, что всякому праву сопутствует свобода определенного лица на какие-то действия, а если мы попытаемся эту свободу устранить, вместе с ней устраняется и само право.

При этом нас не должны сбивать с толку те слова, которыми описывается название того или иного права. Так, например, крепостное право, казалось бы, закрепляет не свободу, а, наоборот, несвободу того лица (тех лиц), о чьем праве говорится в названии. На самом деле крепостное право есть одно из тех кажущихся исключений, которые только подтверждают общее правило. Крепостное право действительно отнимает свободу у крепостного. Но оно при этом утверждает свободу его господина. Крепостное право есть свобода господина распоряжаться своим крепостным. Если мы из крепостного права изыдем этот его компонент – свободу господина, от самого понятия крепостного права ничего не останется. Крепостное право, очевидно, не есть право крепостного, поскольку он не свободен и поэтому – бесправен. Крепостное право есть право господина именно потому, что оно выражает именно его свободу. При этом крепостное право не только предоставляет господину право, но и ограничивает его. Достаточно вспомнить “Юрьев день” или запрет продажи крепостных на вывод. Таким образом, правильнее было бы назвать его правом о закреплении.

Наряду со свободой - субъективным, личным элементом, право включает в себе и другой - общественный элемент - правило поведения или норму, ограничивающую свободу отдельного лица. Этот элемент - ограничение свободы нормой - представляется столь же существенным признаком права, как и сама свобода. Это легко увидеть, предположив (хотя такое предположение вызывает у нас определенные затруднения), что такие ограничивающие правила отсутствуют, т.е. каждый имеет безграничное право распоряжаться чужой жизнью, любой вещью и т.п. Это означает, что ни у кого нет никакого права, т.е. всякое право уничтожается при таком порядке вещей. Говоря словами Ж.Бодэна из его “Шести книг общего благополучия”, написанных почти полтысячелетия назад: “Ничто не может быть общественным там, где нет ничего частного, точно так же, как не может быть короля там, где короли все”. Где свобода отдельного лица не ограничена никакими правилами, там вообще нет никакого права.

Ни при безбрежности, безграничности свободы у отдельных лиц, ни при полном её отсутствии у них право просто не может существовать.

“Определение права как меры свободы безусловно справедливо. Но тогда свобода и есть содержание права, заключенного в форму юридической нормы” [82, с. 98]. “Право есть совместное существование свободы под общим законом” [108, с. 101].

Следовательно, еще одним существенным признаком права является правило или норма, регулирующая объем свободы отдельных лиц. Именно возникновение подобных правил и знаменует собой возникновение человеческого общества.

Таким образом, сущность права выражается в двух основных проявлениях: с одной стороны, оно предоставляет лицу определенную область свободы; с другой стороны, оно ограничивает эту область набором определенных правил, причем и то, и другое осуществляется посредством норм.

Опираясь на перечисленные существенные признаки, можно согласиться с определением права, которое дал Е.Н. Трубецкой.

Определение 7.

Право - это внешняя свобода, предоставленная и ограниченная нормой.

Прообраз такого определения можно встретить еще у А.Куницына: “Человек может производить все деяния, которыми свобода других не нарушается, каковая возможность называется правом... По сему право, во-первых, как качество лица, есть возможность поступать произвольно, не нарушая законной свободы других; во - вторых, как качество действия, оно означает совместимость нашей свободы со всеобщей законной свободой; в - третьих, как собрание законов, оно есть совокупность условий, при которых всеобщая совокупная свобода возможна” [39, с.22].

В юридической науке с давних пор принято разделять право на объективное и субъективное. “Эти два понятия составляют венец современной теории права, наивысшее и последнее ее обобщение... Оба они столь различны по своей природе, что не поддаются подведению под какое-либо высшее родовое понятие. Для каждого из них существует свой высший и самостоятельный родовой момент. Иными словами, то, что люди исторически считали и считают правом, не может служить материалом для образования единого определения” [1, с.156]. Н.Н.Алексеев в наиболее категоричной форме изложил господствующую точку зрения на этот вопрос. Единственным эффективным способом ее опровержения может быть только качественное определение понятия “право”, обобщающее в себе обе эти категории. Нас не должно останавливать то, что некоторые авторы считают, что “не могут быть оправданы попытки объединить объективное и субъективное право единым понятием права, поскольку эти явления лежат в разных плоскостях правовой реальности” [85, с.252].

Указанный категорический подход расчленяет правовую действительность на две составляющие: в одной видятся устанавливаемые общеобязательные нормы, а в другой - всё, связанное с их реализацией, те конкретные возможности, полномочия, действия, которые люди могут предпринимать на основе и в пределах этих норм.

Право как норма (закон) и право как возможность или управомоченность субъектов вести себя известным образом в рамках этих установлений - вот суть разграничения права на объективное и субъективное. Право в объективном смысле - это законодательство; право же в субъективном смысле - это те конкретные возможности, права, требования, притязания, которые возникают на основе и в пределах этого законодательства.

Замечательно, что принятое нами определение Е.Н.Трубецкого объединяет в понятии права его субъективную и объективную стороны. Объединяет органично и неразрывно. Правом является только та часть внешней свободы, которая предоставлена и ограничена нормой. (В дальнейшем мы подробно поговорим и о предоставлении, и об ограничении). Но и норма нужна и существует постольку, поскольку она предоставляет и ограничивает внешнюю свободу. Ни сама норма, ни отдельно свобода не являются правом. Право рождается только от их соединения и существует, пока существует их единство. Нет отдельного объективного права и отдельного субъективного права. Есть право, которое рождается от соединения его объективной и субъективной частей. Причем, в этом неразрывном тандеме ведущей является внешняя свобода субъекта, т.е. часть субъективная. Объективная часть занимает подчиненное положение, поскольку она нужна только для того, чтобы предоставить и ограничить часть субъективную. Однако, и субъективная часть не может существовать отдельно, т.к. она появляется только в результате её предоставления и ограничения частью объективной. Именно поэтому неправильно говорить об объективном и субъективном праве, но можно рассматривать его -

право - со стороны объективной, со стороны его формы, то есть в совокупности его норм, и со стороны субъективной, со стороны его содержания, т.е. тех элементов внешней свободы, которые этими нормами предоставлены и ограничены.

Для того, чтобы быть уверенными в адекватности нашего определения определяемому понятию необходимо проверить его на соразмерность (правило 2). Во-первых, не является ли наше определение слишком широким, т.е. не включает ли оно в себя элементы, не относящиеся к понятию права.

Главным подозреваемым на несоразмерность элементом является нравственность. Целый ряд авторов неоднократно пытались отождествить эти два понятия. И это не случайно, т.к. существует множество нравственных норм, ограничивающих произвол одних лиц по отношению к другим. Общеизвестно, что нравственные нормы современного общества запрещают убивать, воровать, наносить побои и т.п. Следовательно, нравственные нормы ограждают внешнюю свободу лиц от насилия и иных проявлений произвола. Заметим попутно, что в таком случае нравственная норма обычно подкрепляется правовой, которая тогда несет в себе и нравственное, и правовое содержание. Однако, далеко не все правовые нормы нравственны по своему содержанию, и уже в этом смысле объемы понятий права и нравственности не совпадают.

С другой стороны, далеко не все нравственные нормы имеют правовое значение, т.е. значение предоставления или ограничения внешней свободы. Например, всем известно, что лгать нехорошо. Однако, сама по себе ложь, поскольку она не приносит никому вреда, не есть нарушение свободы какого-либо лица, следовательно, такая ложь не есть нарушение чьего-либо права. Вместе с тем, специфический вид лжи - клевета является нарушением не только нравственности, но и права, т.к. является прямым посягательством на внешнюю свободу конкретного лица, на его свободу осуществлять все те цели, которые предполагают его доброе имя. Нравственное правило, запрещающее клевету, несомненно, включает в себе правовой элемент.

Вместе с тем, нетрудно убедиться, что все нравственные правила, требующие от человека определенного внутреннего состояния, например, любви, доброжелательности, уважения к ближнему, бескорыстной преданности долгу и т.п. не имеют в себе правового элемента. Само по себе внутреннее состояние любого человека не затрагивает внешней свободы другого лица и не может служить содержанием его права. Если мы и говорим о чьем-то праве на любовь, уважение, благодарность, то в этих словах отсутствует правовой смысл. Даже если кто-либо ненавидит другого человека, этому факту не может быть дано правовой оценки до тех пор, пока ненависть не проявится в конкретных действиях, уже хотя бы потому, что до этого момента о существовании этой ненависти мы не знаем.

Нравственность всегда предполагает две составляющие. Одна из этих составляющих обращается к свободной воле, к чувствам человека. Она всегда говорит о том, какие, с позиции нравственности, желания, чувства хороши, а какие - нехороши (любить - хорошо, жалеть - хорошо ...ревновать - нехорошо, желать смерти - нехорошо ...). Она указывает человеку, какие из его желаний нравственность считает хорошими, а какие - нехорошими, неправильными. Она обращена к чувствам человека, воспитывает его нравы и, по определению А.Куницына, составляет нравовоспитание [39, с.6].

Вторая составляющая обращается к разуму человека. Она говорит о том, что человек должен делать, а что - не должен. Она указывает человеку, какие из его действий нравственность считает хорошими, правильными, а какие нехорошими,

неправильными и называется правоучением [39, с. 6]. “Нравоучение склоняет людей к добродетели, право – к справедливости” [39, с. 10]. Если бы еще нам, людям, точно знать, что есть справедливость! (Впрочем, см. Аксиому 7).

Из сказанного выше можно сделать вывод о том, что нравственность претендует регулировать и внутреннее состояние, и внешнее поведение человека, в то время как право регулирует исключительно его внешнее поведение. Содержанием нравственности является добродетель, а содержанием права - исключительно внешняя свобода лица, его действия.

Таким образом, сферы права и нравственности в значительной мере пересекаются, но, вместе с тем, имеют и несовпадающие области.

Касаясь вопросов сущности права, мы вынуждены уделять значительное место рассуждениям о нравственности. И это не случайно, т.к. тесная взаимосвязь (хотя и не тождественность) этих понятий очевидна. “Как добрые нравы, для того чтобы сохраниться, нуждаются в законах, точно также и законы, для того чтобы они соблюдались, нуждаются в добрых нравах” [45, с.352]. Вряд ли кто-нибудь осмелится оспорить утверждение о том, что правовые институты должны служить нравственным целям, а право в целом должно быть подчинено целям добра и справедливости. Все правители, которые на протяжении многих веков были единственными источниками позитивного права, от Хаммурапи до наших дней, опирались на авторитет Бога и справедливости. “Меня, Хаммурапи, славного богобоязненного князя, для того, чтобы дать сиять справедливости в стране, чтобы погубить беззаконных и злых, чтобы сильному не притеснять слабых, чтобы я, как бог солнца, света и правосудия восходил над жителями Аккада и освещал страну, - призвали Боги неба и земли” [105, с 150]. На Руси многие из дошедших до нас памятников права так и назывались - “правды”. Если право в том виде, в котором оно существует сейчас, не вполне соответствует этим целям, то возникает категорическое требование устранить такое несоответствие. Так или иначе “право” должно стать “правдой” - в этом заключается его главная историческая задача. На протяжении всей своей истории человечество именно так и понимало эту задачу.

Представления о нравственном и безнравственном сильно разнятся во времени и пространстве. Каждое общество в своем развитии (если, конечно, оно развивается, что является предметом отдельного исследования) прошло огромный путь формирования своих нравственных идеалов. Когда-то, несколько тысяч лет тому назад, провозглашение нравственной нормы “око за око, зуб за зуб” было гигантским шагом вперед по сравнению с предшествовавшей нравственной установкой “жизнь за око, жизнь за зуб”. В законах “славного богобоязненного” Хаммурапи смерть едва ли не самое популярное наказание. А ведь когда-то, еще раньше, и эта, ужасная с высоты нашего сегодняшнего понимания, установка была нравственной. Но сегодня даже установку “око за око” мало кто из нас вслух назовет нравственной.

Не менее разнообразно выглядят нравственные установки и по их распределению у разных народов. Не будем говорить об экзотических для нас народах - пигмеях Африки или аборигенах Австралии, куда более близкие географически европейские Турция, Греция, Албания могут дать массу примеров безнравственных с нашей точки зрения, но вполне нравственных для соответствующего общества установок. Это вовсе не означает, что какое-то общество можно назвать более нравственным, а какое-то - менее нравственным. Это означает только то, что нравственность (этика, мораль) - исключительно общественный продукт, причем совершенно пригодный только для того общества и того времени, внутри которых он развивался и действует. И когда мы рассуждаем о соотношении права и нравственности, мы можем сравнивать право одной страны с

правом другой, нравственность в одной стране с нравственностью в другой, но мы не можем сравнивать право одного общества с нравственностью другого. Для сравнения и выявления закономерных связей этих двух понятий мы всегда должны рассматривать их применительно к одному и тому же обществу, иначе нам трудно будет избежать парадоксальной ситуации, при которой, например, право России придется соотносить с нравственностью каннибалов Новой Гвинеи.

Наши представления о нравственности соответствуют началу координат политического пространства (идеи 1-4-7). Правильность нашего выбора косвенно подтверждается движением человечества как целого именно в этом направлении.

Итак, проанализировав совместно понятия нравственности и права, мы вынуждены признать, что ни право не является элементом нравственности, ни, что еще более важно, нравственность не является элементом права. Оба эти понятия имеют общую, пересекающуюся область определения, но оба они имеют (могут иметь) и самостоятельные области. Когда-нибудь, когда право станет абсолютно нравственным (если, конечно, это когда-нибудь случится), оно станет элементом нравственности, но даже в этом случае нравственность, как более широкое понятие, не станет элементом права.

Таким образом, нравственность является самостоятельным понятием, и мы правомерно не включили её в качестве элемента в наше определение права.

Следующим “подозрительным” элементом с точки зрения возможной несоразмерности нашего определения, является закон в самом широком понимании этого термина, как любая писаная норма, санкционированная властью. То, что право и закон являются родственными понятиями еще более очевидно, чем в отношении права и нравственности. Наша задача определить, не является ли право элементом закона, не являются ли право и закон тождественными понятиями и не является ли закон элементом права наряду с другими элементами.

Мнение о том, что закон это и есть право, достаточно распространено и могло бы быть верным, если бы не было никаких других форм проявления права. Таких форм, которые при помощи норм предоставляли и ограничивали бы внешнюю свободу отдельных лиц. (Заметим попутно, что если бы это мнение было верным, тогда абсолютно прав был бы Я.П.Козельский, который требовал называть соответствующую науку не *юриспруденцией*, а *легиспруденцией* [34, с.28]). Однако, такие формы есть.

Исторически наиболее древней формой проявления права стали *обычаи*, складывавшиеся в тех или иных человеческих сообществах. Эти обычаи складывались сами собой, в результате многократного повторения схожих ситуаций. Причем обязательность их соблюдения опиралась на авторитет конкретной общественной среды, а отсутствие государственной власти в общепризнанном сегодня понимании этого термина не препятствовало людям подчиняться известным им нормам, закрепленным в обычаях. Еще в XIII веке Г.Брактон дал обычаю такое определение: “Обычай же - это то, что иногда исполняется как закон в тех местностях, где он утвердился вследствие долгого пользования и соблюдается подобно закону, потому что длительное пользование и обычай имеют не меньшую силу (чем закон)” [7, с. 133]. Наука знает много примеров, когда члены сообществ, лишенных признаков государственности в ее современном понимании, все же подчинялись конкретным правовым нормам, которые сложились сами собой и приобрели значение права, закрепившись в виде обычая.

“Сами собой” - только в том смысле, что у таких обычаев, в отличие от установлений позитивного права, никогда невозможно установить авторства. Но это не означает, что у таких обычаев не было никакой причины для их возникновения.

Напротив, согласно учению Пухты, одного из видных представителей исторической школы, в основе юридического обычая лежит не бездушный автоматизм привычки, но полное смысла “народное убеждение” [67, с. 146] или чувство внутренней необходимости - по учению основателя этой школы - Савиньи. Историческая школа всегда настаивала на разумном существе юридического обычая. В этом есть определенный смысл, поскольку обязательность правил, закрепившихся в виде обычая, обуславливается тем, что они в течение более или менее продолжительного времени выражали преобладающие представления организованной группы людей о должном и не должном. На низших ступенях исторического развития все нормы права вообще возникали и закреплялись именно таким образом, т.к. право начало существовать значительно раньше, чем образовалось государство в современном понимании этого термина, т.е. раньше, чем возникла формальная власть. Более того, сама власть (государство) в качестве постоянного учреждения обязана своим образованием в том числе и обычаю, т. е. привычке людей повиноваться тому или иному вождю. Да и не только на первобытных ступенях развития культуры, - у цивилизованных народов точно также существует много правил, получивших значение права не в силу предписания законодателя, а в силу долговременного и единообразного применения, иначе говоря, в силу обычая.

В глубоком средневековье, когда в Европе было множество “королей”, от них требовалось не издавать законы, т.е. творить нормы права, а охранять обычаи, т.е. обеспечивать исполнение уже существующих и закреплённых в обычаях норм. Им, этим средневековым “королям”, вообще было весьма затруднительно (если вообще возможно) вводить какие-либо перемены до того, как потребность в таких переменах сформируется и созреет в недрах общества. Именно здесь, в этой исторической памяти, коренится представление о том, что право должно лишь следовать за изменениями в общественном сознании. Представление о том, что законодатель (в частности, король) может выступать единоличным творцом правовых норм, стало проявляться на территории средневековой Европы только в X-XI веках и довольно быстро превратилось в “очевидную истину”. Представление о том, что короли сами творят законы и потому они выше законов, а за свои действия они несут ответственность только перед Богом, устойчиво продолжало бытовать ещё и несколькими столетиями позже.

Каждый народ и даже каждая компактно проживающая группа людей имеет большое количество разнообразных обычаев. Все ли эти обычаи составляют содержание права? Очевидно - нет. Вряд ли к обычаям, составляющим содержание права, можно отнести обычай снимать головной убор при входе в помещение. Или обычай креститься во время грозы. Или обычай надевать белый галстук к фрак и черный - к смокингу. Человек, поступающий иначе, чем предписывают перечисленные и подобные им обычаи, не является нарушителем чьего-либо права.

Но есть и другие обычаи, хотя и не поддерживаемые, а иногда даже осуждаемые государственной властью, но, тем не менее, содержащие в себе правовые нормы. Таковы, например, обычай защиты чести на дуэли, обычай начала рыбной ловли или охоты не ранее определенного времени, обычай кровной мести и т.п. При этом совершенно неважно, почему государство не поддерживает своей нормой такой обычай - потому ли, что считает его слишком незначительным или потому, что считает его вредным. Важно другое - такой обычай предоставляет и ограничивает свободу действий людей.

Обычное право весьма эффективно при регулировании отношений в малых социумах или в узких сферах деятельности. С увеличением ареала социума или

расширением сферы деятельности эффективность обычного права падает. Причина такого падения - нарастание различий в условиях жизни или условиях деятельности и, как следствие, потеря единообразия восприятия теми, на кого распространяется тот или иной обычай.

С развитием цивилизации количество норм обычного права постоянно сокращается отчасти потому, что они поглощаются государственными нормами, отчасти потому, что отмирают сами обычаи. В большинстве современных развитых государств на долю обычая выпадает скромная роль - заполнение пробелов законодательства. Но сегодняшняя скромность этой роли в теоретическом смысле не может перечеркнуть существования такой формы права. Более того, законодатель, понимая неразрешимость задачи охватить все сферы жизнедеятельности, все сферы внешней свободы, по возможности, закрепляет право на существование обычая. Так, например, Гражданский Кодекс РФ (статья 5) закрепляет обычай делового оборота в качестве подлежащей применению нормы права, хоть он и не сформулирован в законодательстве.

Итак, мы определили, что право включает в себя как минимум два элемента: закон и обычай. Следовательно, право не является ни элементом закона, ни тождественным ему понятием. Оба эти элемента, закон и обычай, как предоставляющие и ограничивающие внешнюю свободу, очевидно относятся к праву. Но и ими перечень элементов права не исчерпывается.

И обычай, и закон весьма инерционные формы права. Для того, чтобы норма закрепилась в виде обычая, ситуация, описываемая им, должна многократно повториться. Для того, чтобы норма закрепилась в виде закона, орган, имеющий на это право, должен осмыслить необходимость появления нормы, сформулировать ее и принять по установленной процедуре. И для того, и для другого необходимо довольно много времени. Между тем, жизнь постоянно ставит перед людьми проблемы, для разрешения которых пока нет ни обычая, ни закона. Но проблемы не могут ждать их появления. И не ждут. Такие проблемы находят свое разрешение в суде. По существующему общему теоретическому принципу, суд не может уклоняться от разрешения спора по причине отсутствия соответствующего случая закона или обычая. Суд обязан вынести решение, несмотря на все пробелы в законодательстве. Что он и делает. В таких случаях суд разрешает дело на основании правовых начал, общих принципов, не нашедших прямого выражения в законодательстве.

Еще один теоретический принцип требует, чтобы все однородные дела разрешались на основании одних и тех же правил. Поэтому разрешение отдельного дела в суде при отсутствии соответствующего случая положения в законодательстве устанавливает прецедент, т.е. общую правовую норму для всех последующих аналогичных случаев. Таким образом, суд не только применяет закон, но и создает новые нормы права, причем как в дополнение к закону, так и взамен него. Судебный прецедент предоставляет и ограничивает внешнюю свободу лиц, как непосредственно участвовавших в данном судебном деле, так и неопределённого круга лиц, которые могут попасть в аналогичную ситуацию в будущем. Несмотря на то, что в некоторых странах (например, в Англии) судебный прецедент официально признается источником права, а в других странах (например, в Германии или России) не признается, фактически судебный прецедент везде является самостоятельным элементом права. Таким образом, правовые нормы создаются ещё и путём прецедентов.

Итак, в процессе нашего анализа мы обнаружили, как минимум, три самостоятельные формы права: закон, обычай и прецедент, которые посредством

норм так или иначе регулируют объем внешней свободы отдельных лиц. Для подтверждения правильности нашего утверждения о том, что право и закон не тождественные понятия, нам уже достаточно, что таких элементов права больше одного. Некоторые авторы (и, в частности, Л.И.Петражицкий) насчитывают таких элементов до полутора десятков [60]. И, даже если в процессе дальнейших исследований мы установим новые элементы права, которые посредством норм регулируют объем внешней свободы отдельных лиц, это не сможет повредить нашему Определению 7. Ибо сколько бы ни было форм выражения права, то есть различных видов правовых норм, содержанием их, предметом, о котором они будут что-либо утверждать - разрешать или запрещать, - всегда, во всех случаях будут элементы внешней свободы человека (лица, ассоциации, учреждения, органа, словом, тех субъектов права, кому адресована соответствующая норма).

Наш анализ адекватности определения права будет неполным до тех пор, пока мы не включим в него также и понятие естественного права.

На протяжении тысячелетий люди спорят о том, коренится ли право в самой природе вещей, в вечном и неизменном порядке мироздания или же оно представляет собой результат произвольного соглашения людей, возникшего на определенном этапе исторического развития.

Корни первой точки зрения можно проследить вплоть до Древней Греции, где Сократ, а затем Платон и Аристотель утверждали, что наряду с законами, созданными людьми, существуют вечные, неписанные законы (*νομοι αγραφοι*), вложенные в сердца людей самим божественным разумом. Эти идеи были подхвачены и развиты стоиками, ключевой идеей в учении которых была идея существования всеобщего и всемирного закона, составляющего разумное начало и в природе вообще, и в человеческой природе, в частности. К XVIII веку такое представление сложилось в естественную школу права, основатель которой Гуго Гроций считал, что законы естественного права коренятся в самой природе разума, а потому имеют такое же вечное, неизменяемое значение, как и сам разум, и даже Бог не может отменить или изменить их. Как Бог не может сделать, чтобы дважды два равнялось пяти, точно так же он не может сделать, чтобы правда стала неправдой, чтобы нормы естественного права перестали быть правом.

Естественная школа провозгласила естественные, прирожденные права человека в качестве части естественного права. Наиболее ярким и последовательным пропагандистом естественной школы был Ж.Ж.Руссо. Сопоставляя в своих работах провозглашенные нормы естественного права с окружающей действительностью, закрепленной в современных ему законах, он пришел к полному и всестороннему осуждению последних. Он рассматривал всё современное и предшествовавшее законодательство как проявление человеческого неразумия, эгоизма и произвола. Такое отношение к законам оправдывало неповиновение им.

Прямо противоположной точки зрения придерживались представители исторической школы права, корни которой можно обнаружить еще у софистов Древней Греции. Бурное развитие эта школа получила в начале XIX века как реакция на Великую французскую революцию, которая питалась идеями естественной школы права. Представители исторической школы, начиная с Савиньи, доказывали, что законодательство вовсе не есть произвольное установление людей, искусственное изобретение законодателя и не вечное веление природы (Бога). Оно представляет собой закономерный результат постепенного процесса исторического развития. "Всюду, где только возникает вопрос об юридическом отношении,

соответствующее ему правило оказывается уже существующим и не нуждается в придумывании” [53, с. 83]. По учению исторической школы никакого вечного, универсального права не существует. Подобный исключительно исторический взгляд на право и отрицательное отношение к праву естественному преимущественно сохранилось в правовой науке и до наших дней.

А между тем, категорическое противопоставление этих школ является в значительной степени надуманным, “исторически сложившимся” результатом их неприязненного многовекового взаимодействия, их борьбы по принципу “кто - кого”.

Трудно оспаривать тезис исторической школы о том, что право (законодательство) со временем изменяется, развивается. Но историческая школа оставляет в стороне вопрос о том, что является причиной его развития? Откуда и в каком направлении оно развивается? Для исторической школы очевидно, что если в какой-то момент времени в какой-то географической точке законодательство развилось в какую-то конкретную форму, именно это законодательство и есть “Право”. Опорами права являются природа и воля общества, поэтому законодателям и юристам надлежит лишь выяснить суть сложившихся законов и указать, как они должны применяться в конкретных случаях. “Если рабство утверждено положительным правом, то оно лучше, чем свобода” [53, с.40]. “Все действительное - разумно”.

Но не всякий разум готов с этим согласиться. Аргументы Руссо близки и понятны каждому нормальному человеку. “Человек рождается свободным; между тем, мы видим его повсюду в оковах”. “Значит, так надо”, - отвечает историческая школа. Трудно ожидать от закованного человека, чтобы он с этим согласился! “Человек должен быть раскован”, - вопиет естественная школа. “А если тебя не расковывают, немедленно раскуйся сам!”. В этих “так надо” и “немедленно” заключаются главные ошибки обеих школ и именно здесь они не могут быть примирены. Да это и не нужно.

Если мы признаем, что, с одной стороны, историческое развитие права не должно быть произвольным, что оно имеет определённое направление развития, а с другой стороны, это развитие не может не быть постепенным, противоречия практически снимаются.

Действующее право далеко не всегда соответствует требованиям добра и справедливости и нередко находится в полном противоречии с ними. А это значит, что естественное право звучит как призыв к усовершенствованию. Но призыва мало. Естественное право просто обязано задавать направление такого усовершенствования. Для этого направление развития должно быть четко сформулировано, что мы и собираемся сделать в Аксиоме 10.

Естественное право выступает в качестве идеала, к которому должно стремиться право действующее на пути его исторического развития.

Очевидно, что ничто, кроме человеческого разума, не в состоянии определить и сформулировать такой идеал. “Право называется естественным, поскольку оно излагает законы, выводимые из природы разума человеческого” [39, с.6]. Для достижения такого идеала естественное право должно задавать характеристики внешней свободе по её объему и содержанию, а также определять требования к нормам, которые ее предоставляют и ограничивают. В таком понимании в качестве идеала естественное право никак не противоречит данному нами Определению 7.

Несколько слов нужно сказать еще и о содержании права - внешней свободе - как о ценности. В ряду других важных ценностных категорий, таких как слава, честь, долг, патриотизм, справедливость и т.д., свобода на протяжении всей человеческой истории занимала в сознании общества второстепенное место. Не стала свобода доминантой общественного сознания и сегодня. Такому положению вещей есть

закономерное объяснение. Идея свободы противоположна идее общины, а как мы показали в третьей главе, общество - единственный способ жизни людей. Человеку не просто осознать себя элементом Общества - Человечества. На протяжении многих веков в качестве общества выступали племя, род, деревня, а затем город (не путать с современными мегаполисами). Жизнь каждого человека зависела от такого общества абсолютно. В отрыве от такого общества человек просто не мог выжить. И он это понимал или хотя бы чувствовал. Это ощущение зависимости ещё больше усиливала семья, внутрисемейные отношения. Но перед ужасным лицом внешнего мира человек воспринимал такое положение вещей как справедливое. Только растворившись внутри семьи, рода, деревенской, городской общины, человек мог ощутить хоть какую-то уверенность в завтрашнем дне, хоть какую-то безопасность от внешней агрессии. Защита именно этой возможности - вот высшая честь и слава для любого человека. “Ты рожден не для себя и не для меня, но для отечества”, - говорит Цицерон. Мы и Они, Мы (хорошие), противостоящие всяческому Им (плохим уже потому, что это не мы) - вот питательная почва для патриотизма. Высшая доблесть - погибнуть, защищая этот порядок вещей.

Означает ли сказанное попытку унижить или оскорбить всех наших предков и некоторых современников? Вовсе нет. Враждебная внешняя среда - объективная реальность, с которой нельзя не считаться. Э.Фаге вообще считал, что “общество представляет собой лигу защиты от внешних врагов - реально существующих, угрожающих или возможных” [91, с. 39]. Но здесь необходимо сделать два замечания.

Во-первых, вот уже пятьдесят лет, как эта объективная реальность перестала быть фатальной в рамках всего человечества и для нашей страны в частности. Со времени первого применения ядерного оружия большинство населения нашей планеты живет без ощущения того, что в их дом придет завоеватель, который лишит их свободы. Остаётся ощущение опасности уничтожения всех вместе. Но это совсем другая опасность и она должна преодолеваться не с позиции “Мы и Они”. Никакие “Они” не смогут воспользоваться “плодами” осуществления такой опасности. Эта опасность может быть преодолена только с позиции понимания того, что есть только Мы – т.е. и Мы, и Они. Опасность уничтожения мира может быть преодолена только НАШИМИ совместными усилиями. Сегодня все зависит только от Нашего сознания, от Нашего разума, от Нашей способности организовать сосуществование.

Во-вторых, перечисленные ценности - слава, честь, доблесть, патриотизм, справедливость и т.д. не являются ценностями в буквальном значении этого слова. Их нельзя взвешивать, сравнивать, оценивать, они не могут быть положены в основу логически строгой правовой системы. В этом смысле в них отсутствует какое-либо правовое содержание. Такой основой может стать только внешняя свобода. Не внутренняя свобода, как это представлялось Гегелю - “Почвой права является ... воля, которая свободна” [13, с. 67] и по-прежнему представляется некоторым современным авторам - “Право - это форма свободы людей, т.е. свобода их воли” [52, с. 23], а именно и только свобода внешняя.

Сто лет назад Е.Н.Трубецкой, указав глубокую сущностную связь между правом и внешней свободой, сделал великое дело, которое на протяжении целого столетия оставалось и остаётся почти незамеченным.

Само по себе определение права через свободу еще не преодолевает главного недостатка других определений права - невозможности отграничить правый закон от неправого. Но в отличие от тех, других, такое определение права - через внешнюю свободу - даёт нам алгоритм решения этой задачи. Согласно этому алгоритму нужно правильно определить те принципы, по которым внешнюю свободу должно

предоставлять и должно ограничивать. И тогда, проверяя закон на соответствие или несоответствие таким принципам, мы всегда сможем определить, является ли конкретный закон (норма) правым или неправым, соответствует или не соответствует он тому идеалу, тому естественному праву, которое мы признаём и одобряем. Короче, отвечает ли он нашим представлениям о добре и справедливости. (Заметим в скобках, что решение этой задачи и есть главная функция всякой теории права).

Аксиома 7 уже определила, что существует только одна причина, позволяющая ограничивать свободу человека - это требование по обеспечению свободы других людей, следовательно, любой закон (норма), ограничивающий свободу человека не для обеспечения свободы других людей, является законом (нормой) не правовым. Излишне говорить, что ни одна правовая система сегодня не может выдержать проверку на соответствие этому принципу, главным образом потому, что этот принцип пока не воспринимается обществом как обязательный. Игнорируя наличие глубокой сущностной связи между правом и внешней свободой, общество в целом, не осознавая этого (а в лице отдельных своих представителей вполне осознанно), лишает себя мощного инструмента совершенствования человеческих отношений.

Наше определение права содержит очень важное понятие "норма" в качестве признака, выделяющего именно право из множества - всей внешней свободы. Только та внешняя свобода есть право, которая предоставлена и ограничена нормой.

Конструируя Определение 7, мы удовольствовались характеристикой нормы как правила, регулирующего объем свободы отдельных лиц. Вместе с тем, понятие "норма" настолько важно, что мы должны разобраться с ним несколько подробнее.

Прежде всего норма своим родовым признаком связана с более широким понятием - повелением.

Определение 8.

Повеление - словесное выражение предоставления и ограничения внешней свободы.

Повеление может быть непосредственным: ("пойди туда, не знаю куда; принеси то, не знаю что") или может быть выражено в норме. Непосредственное повеление всегда имеет конкретного адресата, от которого требуется сделать что-то конкретное, именно поэтому мы исключили его из определения права.

Согласно примеру Л.И.Петражицкого [60, с. 268] путешественник, попавший в руки шайки разбойников, может для сохранения жизни исполнить их повеление, как более сильных, например, отдать кошелек. Однако, в этом случае ни разбойники, ни он сам, ни кто-либо другой не станут утверждать, что повеление разбойников носит нормативный характер, причем независимо от того, будет или не будет исполнено путешественником это конкретное повеление. Для того, чтобы мы могли некое повеление охарактеризовать как нормативное, оно обязательно должно содержать элемент неконкретности, всеобщности.

Неконкретность нормы может проявляться двояко. Во-первых, повеление становится нормативным, если предоставляет или ограничивает внешнюю свободу неопределенному кругу лиц. Нормы, наделенные этим признаком, преобладают в массиве норм правовой системы. Во-вторых, предоставление или ограничение внешней свободы конкретного лица или органа, предусматривающее его многократное применение, также делает повеление нормативным. Таковы, например, нормы, наделяющие полномочиями те или иные лица или органы. Здесь

важно отметить, что наличие хотя бы одного любого из этих признаков делает повеление нормативным. В более общем виде норма призвана обеспечить правление посредством правил, а не правление посредством приказов, как это различие сформулировал Ф.Хайек. Задача нормы - проинформировать каждого человека относительно сферы ответственности, сообразно которой он может действовать.

Определение 9.

Норма - повеление, направленное неопределенному кругу лиц, либо предназначенное для неоднократного применения.

Здесь важно отметить, что наше определение нормы не связывает его ни с обязательным санкционированием государством, ни с обязательным фиксированием ее в письменном правовом акте, ни с какими-либо еще основаниями, которые могли бы характеризовать норму как элемент исключительно положительного права.

Анализируя понятие “право”, мы пришли к выводу о том, что закон (правовой акт) не является единственной формой права, его статьи и параграфы не могут претендовать на исчерпание содержания понятия “норма”. Более того, отождествление нормы со статьей или параграфом правового акта, как это иногда ошибочно происходит, принципиально неверно. (Позже, в Главе 6 “Правовая система” мы поговорим об этом подробнее.)

С другой стороны, у нас нет возможности эффективно влиять на способы изложения норм, содержащихся в таких формах права как обычай или, например, право церковное и т.п. К тому же, не всегда и не для каждого одинаково доступна информация об обычной правовой норме. Поэтому всякая норма современного позитивного права должна быть записана и доступна тем, к кому обращена. Только тогда она сможет эффективно выполнять свое предназначение. Но и этого недостаточно.

Для того, чтобы норма могла эффективно выполнять свое предназначение - предоставлять и ограничивать внешнюю свободу, она должна быть создана по определенным правилам и, в частности, должна иметь определенную структуру - обязательно состоять из гипотезы, диспозиции и санкции.

Прежде всего, норма должна содержать точное описание тех обстоятельств, при которых данная норма вступает в действие. Этот элемент нормы принято называть гипотезой. (В дальнейшем термин “гипотеза” мы будем употреблять только в этом значении и никогда в значении, употребленном в Главе 1).

Определение 10.

Гипотеза - элемент нормы, описывающий обстоятельства, при которых данная норма вступает в действие.

Частным случаем таких обстоятельств можно считать применение какой-либо нормы либо для всех, либо всегда. Иногда это упускают из виду и говорят, что некоторые нормы якобы не имеют гипотезы. В действительности это не так - норма всегда содержит гипотезу, в противном случае такое словесное выражение ничего не ограничивает и, следовательно, не является повелением.

Вторым элементом нормы является собственно описание предоставления и ограничения внешней свободы. Этот элемент нормы принято называть диспозицией.

Определение 11.

Диспозиция - элемент нормы, описывающий предоставление и ограничение внешней свободы.

Диспозиция в качестве своего адресата всегда имеет определенных, хотя обычно и неконкретных (например: человек, ребенок, акционерное общество, судья и т.п.), а иногда и конкретных (президент, Государственная Дума, Прокурор РФ, Верховный суд РФ и т.п.) субъектов права (см. Определение 3). Каждая норма в своей диспозиции одним субъектам предоставляет внешнюю свободу, ограничивая ее определенными пределами, а другим субъектам только ограничивает ее с целью обеспечения предоставляемой внешней свободы первых. Таким образом, диспозиция одним субъектам предоставляет права и вменяет обязанности, а другим только вменяет обязанности. Так что права и обязанности в диспозиции, а значит и в норме присутствуют всегда, как две стороны одной медали. Этим “сторонам медали” настало время дать определения.

Определение 12.

Права - конкретные элементы права.

Определение 13.

Обязанность - конкретное ограничение внешней свободы одного субъекта, обеспечивающее возможность осуществления права другого субъекта.

Из Определения 3 мы знаем, что субъектом может быть не только человек, но так же иное лицо или орган. Если не конкретизировать Определение 13, может получиться, что обязанность человека может быть вменена ему для обеспечения внешней свободы органа, что в правовой системе Российской Федерации весьма распространено. Это неправильно. Чтобы исключить такую возможность неправильного толкования, конкретизируем обязанность именно человека в

Определении 14.

Обязанность человека - конкретное ограничение его внешней свободы, обеспечивающее возможность осуществления права другого человека (людей).

Из Определений 13 и 14 видно, что обязанность - это нечто внешнее по отношению к субъекту, нечто вменённое ему независимо от его воли и желания. Но это не единственная конструкция, порождающая права одного субъекта по отношению к другому субъекту, порождающая свободу одного субъекта требовать чего-либо у другого субъекта. Такая возможность требования может быть порождена и в результате соглашения, т.е. добровольного и обоюдного предоставления субъектами друг другу права требования. Порождённая таким способом обязанность имеет специальное название.

Определение 15.

Обязательство – обязанность, самостоятельно и добровольно возложенная на себя субъектом.

В окружающей нас жизни нам знакома ситуация, когда внешняя свобода человека ограничивается извне не только требованиями обеспечения внешней

свободы других людей. Такому ограничению тоже можно дать

Определение 16.

Произвол - конкретное ограничение внешней свободы одного субъекта со стороны другого субъекта, не направленное на обеспечение возможности осуществления равного с другими людьми права человека, либо не принятое субъектом на себя самостоятельно и добровольно.

К сожалению, статьи и параграфы законов (правовых актов) нередко представляют собой именно произвол. “Произвол, будь то во имя одного или во имя многих, преследует человека на всех дорогах, ведущих к его покою и счастью” [35, с. 223].

Мы говорили, что нет права без соответствующей обязанности и нет обязанности без соответствующего права. Но это не просто утверждение - это следствие Аксиомы 7. Ограничение внешней свободы человека - его обязанность - может быть только следствием требования обеспечения внешней свободы другого человека (людей) - права другого человека. Какое-либо право человека не является правом, если отсутствует соответствующая обязанность по его соблюдению.

Эта очевидная мысль настолько важна, что мы считаем необходимым зафиксировать ее в качестве

Следствия 4.

Всякое право одного субъекта означает наличие соответствующей обязанности другого субъекта (субъектов), а всякая обязанность одного субъекта означает наличие права другого субъекта.

Иными словами, нет права без соответствующей обязанности и нет обязанности без соответствующего права.

Распоряжение правом теоретически возможно в двух формах: в форме отчуждения, т.е. передачи права другому лицу, и в форме его использования.

История знает множество примеров, когда отчуждение прав в пользу третьего лица считалось правомерным. Например, продажа себя в рабство была распространена среди многих народов. В 1620 году Г. Гроций провозгласил: “Неотчуждаемые вещи суть вещи, которые в силу своей природы принадлежат одному человеку настолько, что не могут принадлежать другому, такие, как жизнь человека, его тело, его свобода, честь, образующие достояние личности, освященные законами природы” [57, с.50]. С того времени идея неотчуждаемости стала общепризнанной, и вопрос о неотчуждаемости основных прав и свобод можно считать решенным. Основные права и свободы неотчуждаемы. Причём, неотчуждаемы не столько потому, что обладатель прав и свобод не вправе ими распорядиться, сколько потому, что “приобретатель” прав и свобод не вправе или не может их приобрести.

Следствие 5.

Отказ человека от своего элемента внешней свободы, предоставленного также и неопределенному кругу лиц, в пользу другого лица не допускается.

Здесь нужно различать права - элементы внешней свободы двух разных сортов. Одни из них неотчуждаемы по своей сути. Именно о них говорил Г.Гроций. Как бы ни старались два человека перераспределить свои права, никому не удастся

приобрести вторую жизнь, второе тело, вторую честь и иные вторые подобные элементы внешней свободы, которые потому и называются неотчуждаемыми.

Однако, в нашей аксиоматике не это главное. В этом вопросе для нас основной является Аксиома 5, согласно которой все люди имеют равные права на внешнюю свободу. В случае, когда один человек отказывается от элемента своей внешней свободы в пользу другого, они оба становятся нарушителями Аксиомы 5. Если в отношении самого отказывающегося это не такое уж большое нарушение, поскольку в соответствии со Следствием 1 он сам решает хорошо или плохо для него отказаться от элемента его внешней свободы, и поэтому он всегда имеет возможность просто не пользоваться им. Но сутью проблемы здесь является не просто отказ, а отказ именно в пользу кого-то. А это уже касается не только самого отказывающегося, но и всех остальных. Если этот пожертвованный элемент внешней свободы “кто-то” получает, то у этого “кого-то” внешняя свобода становится больше, чем у всех остальных. Все равны в своих правах на внешнюю свободу, но он становится несколько “равнее” других. Это грубо нарушает Аксиому 5 и уже поэтому недопустимо.

Но это недопустимо и по смыслу происходящего, поскольку такой человек, обладающий большей, чем у других, свободой, становится потенциально опасен для всех остальных. Именно в этом заключается практическая польза этого Следствия. Это, кстати, понимали уже и древнегреческие демократы. Смысл ostracism заключался как раз в этом. В процессе каждого “черепкования” - священнодействия с черепками - все его участники отвечали на вопрос: “не стало ли влияние (известность, слава, популярность и т.п.) кого-либо из нас на остальных сограждан так велико, что это уже стало угрожать демократии?”. И если ответ на этот вопрос оказывался положительным, такой гражданин отправлялся на длительный срок в почетную ссылку в свое загородное имение и появляться в городе ему было запрещено. Причем, такая ссылка вовсе не была наказанием, поскольку он еще ничего не совершил, а если бы совершил, то был бы подвергнут не ostracism, а суду. Ostracism - это всего лишь превентивная мера, направленная в равной степени к пользе и ссылаемого, и остающихся. Ведь популярность кого-либо - это не богатство, которое у него в сундуках, не сила, которая у него в мускулах. Его популярность - в головах у всех остальных. Это их представление о нем, которое, кстати, вполне может оказаться ложным и которое со временем обязательно потускнеет, если убрать с глаз долой сам предмет восхищения. Таким образом, ostracism греки решали куда более сложную задачу, чем та, которую мы решаем Следствием 5, поскольку любой элемент внешней свободы, который два человека могут попробовать перераспределить между собой, в отличие от человеческих представлений, всегда на виду. А между тем, само перераспределение никак не менее опасно для всех, чем рост популярности кого-либо из сограждан.

Согласно Аксиоме 5 все люди имеют равные права на внешнюю свободу, в том числе на управление государством. Такое управление осуществляется, в частности, на выборах и референдумах. Все люди имеют равные права на участие в них, т.е. каждый имеет один голос. Любой человек может отказаться от использования этого своего права. Нетрудно себе представить, что получится, если людям будет разрешено отказываться от этого своего права в пользу другого человека да еще на фоне существующего имущественного неравенства. На предотвращение возможности, правомерности подобных ситуаций и направлено Следствие 5.

Поскольку в процессе рассмотрения Следствия 5 выяснилась сложность в понимании вопроса о произвольности использования (или неиспользования) человеком принадлежащего ему права, необходимо и этот вопрос прояснить

окончательно.

У каждого человека есть право на жизнь, но может ли этот человек самостоятельно распорядиться этим своим правом, например, отказавшись от него? Вправе ли человек, добровольно отказавшись от права на жизнь, совершить самоубийство? Обязан ли человек использовать свое право на жизнь так, чтобы совершать все зависящие от него действия для сохранения жизни? (А кто не будет цепляться за жизнь до последней возможности - того не пустим на погост). Каждый человек имеет право на труд. Обязан ли он при этом этим своим правом пользоваться? (А кто не пользуется - да не ест.) Каждый имеет право принимать участие в управлении государством, в частности, путем участия в выборах. Обязан ли он участвовать в выборах? (А кто не участвует - лишим пенсии.) И т.д. и т.п. Мы никак не можем обойти вниманием этот вопрос и должны ответить на него зафиксировать в явной форме. Мы уже касались его, формулируя Следствие 1 о том, что только сам человек решает, что для него хорошо. Опираясь на Следствие 1, мы теперь можем сформулировать

Следствие 6.

Никакой человек не может быть принуждаем воспользоваться каким-либо своим правом.

В вопросе взаимоотношений права и обязанности у нас остался не рассмотренным еще один аспект - может ли право быть одновременно и обязанностью. В нашей аксиоматике - ответ очевиден -

Следствие 7.

Права человека никогда не могут быть и его обязанностями.

Всякая норма и, в частности, ее элемент - диспозиция описывает предоставление и ограничение внешней свободы. В Аксиоме 7 мы зафиксировали основополагающий принцип ограничения внешней свободы. Не менее важным, чем принцип ограничения внешней свободы, является и принцип, в соответствии с которым внешняя свобода должна предоставляться. Для формулирования этого принципа, нам прежде всего нужно обратить внимание на Аксиому 5, которая говорит о том, что все люди имеют равные права на внешнюю свободу. Казалось бы, достаточно всю наличную свободу поделить поровну между всеми людьми (тут мы должны извиниться за столь абстрактное умозрительное предложение) - и проблема решена. Увы, ввиду абсолютной нематериальности предмета деления из этого ничего не получится. Конкретный человек не сможет сохранить свой "кусочек пирога" в неприкосновенности. В силу Аксиомы 8 о склонности людей нарушать границы чужой внешней свободы всегда найдутся охотники посягнуть на него. И, поскольку разнообразие "начинок пирога", т.е. конкретных проявлений внешней свободы едва ли не безгранично, число ситуаций, в которых человек не сможет сам воспрепятствовать такому посягательству, весьма велико, вследствие чего словесное формулирование правил такого деления практически невозможно. Но и это еще не все. Поскольку свобода - не пирог, провозгласить конкретный ее элемент, конкретное право совершенно недостаточно. Что стоит провозглашенное право на жизнь, если всегда может найтись (и находятся!) кто-то, кто эту жизнь захочет отнять. Термин "предоставление" в Определении 7 требует более эффективной конкретизации, такой, которая помогла бы нам уяснить понятие "диспозиция".

Определение 17.

Предоставление внешней свободы состоит из ее провозглашения и обеспечения возможности ее осуществления.

Иными словами, совокупность (система) норм, о которых говорится в Определении 7, должна эффективно препятствовать нарушению прав одного субъекта действиями другого. В значительной степени эффективность такого воспрепятствования зависит от качества диспозиции каждой нормы правовой системы.

Формулируя наш принцип предоставления внешней свободы, мы должны отдавать себе отчет в том, что не существует ни одного права или свободы, например, из тех, что приведены во Всеобщей декларации прав человека, которое можно было бы обеспечить абсолютно. Ни одного! Даже право на жизнь. И не потому, что существует смертная казнь - в нашей аксиоматике она исключена, а потому, что защитить человека, например, от преднамеренного убийства практически невозможно. Но стремиться к этому нужно. Единственный способ решения этой задачи - разрешить самому человеку в ситуации, когда его жизни угрожает реальная опасность (гипотеза), защищать ее вплоть до лишения жизни покушающегося. И не только ему, а еще и специально подготовленным и предназначенным для этого другим людям (милиционерам, полицейским и т.п.). Но это означает, что покушающемуся на чужую жизнь в момент покушения мы в праве на жизнь отказываем, т.е. ограничиваем его право на жизнь! Всё сказанное выше можно (и нужно!) прописать значительно более подробно, во всех мыслимых и немыслимых деталях, обложить ситуацию необходимым и достаточным числом условий и ограничений, иначе говоря, предпослать диспозиции качественную гипотезу. И это - правильно, но теоретически это ничего не меняет. Мы совершенно сознательно допускаем и считаем это правильным, что в определенной ситуации человек правомерно может быть лишен жизни, и это не является покушением на его право на жизнь.

Теперь, если вернуться к аллегории пирога с начинкой под названием “право на жизнь”, оказывается, что этот пирог не может быть весь без остатка поделен между всеми людьми. Каждому должен быть недодан кусочек, соответствующий праву других людей лишить его жизни в случае, если он сам попытается кого-то убить. Но этот недоданный кусочек (остаток) должен быть как можно меньше, т.е. это единственное в данном примере условие - защита жизни другого человека (людей) - должно быть описано как только можно более подробно и точно (это еще раз подчеркивает, как важно качество гипотезы). Тогда каждому достанется максимально большой кусок свободы, хотя и чуть-чуть меньший, чем в случае, когда пирог делился бы без остатка (Приложение 4). Именно каждому и равный со всеми другими. Без этого “чуть-чуть” для некоторых (многих) осталось бы только провозглашение, т.е. “халва, халва!”. Если этого не сделать, т.е. провозгласить право на жизнь абсолютным, мы создадим парадоксальную ситуацию, при которой правопослушный человек, т.е. тот, кто признаёт и соблюдает абсолютное право на жизнь любого другого, становится и абсолютно беззащитным перед любым правопослушным, готовым проигнорировать его, правопослушного, право на жизнь. При таком порядке вещей убийца сможет вести себя в обществе, как хорек в курятнике. Кстати, в этой аксиоматике принцип “подставь другую щеку”, может быть, вообще и красив, но точно неправилен.

Теперь после всех этих разъяснений мы можем сформулировать принцип предоставления внешней свободы -

Аксиому 10.

Каждому должен быть предоставлен максимум внешней свободы, совместимый с таким же максимумом свободы каждого другого.

Аксиома 10 в совокупности с Аксиомами 5 и 7, и есть формулировка того идеала, который задает естественное право и к которому должно стремиться право действующее на пути его исторического развития.

Если рассмотреть достаточно длительный исторический период, мы будем вынуждены признать, что действующее право развивается именно в этом направлении, хотя конечно же не прямолинейно, с отступлениями, с огромными зигзагами, но именно в направлении предоставления все большей и большей внешней свободы все большему и большему числу людей. Не блага, как это утверждают И.Бентам и его последователи, а именно внешней свободы. “Отчего в Европе рабство гражданское изгладилось? Оттого, что по разрушении Рима все почти государства утвердились на правах политической свободы. Таков был разум феодальных установлений, вредных по многим отношениям, но весьма полезных для будущего раскрытия свободы” [79, с.44].

И это не случайно. Как показал Ф.А.Хайек [103], именно всё возрастающая свобода индивида позволяет всему населению обеспечить самому себе больший рост своей численности и соответствующий рост производства средств обеспечения жизни этого умножающегося населения.

Даже древние рабовладельческие (!) демократии позволяли достичь большего процветания, чем такие же рабовладельческие тирании. Ныне же мы усваиваем результаты колоссального эксперимента, который убедительно свидетельствует о непригодности “закрытой” системы, системы принудительного управления людьми даже для материального обеспечения их жизни.

Итак, при предоставлении внешней свободы любому человеку (каждому, всем) должны быть выполнены следующие условия:

- каждый элемент права (на жизнь, на свободу, на собственность и т.п.), должен быть провозглашён;
- при провозглашении каждого элемента права должно быть определено, что его обладателем является каждый гражданин;
- должно быть провозглашено, что каждый гражданин является обладателем этого элемента права точно в такой же мере, как и любой другой гражданин;
- должны быть предусмотрены меры, при помощи которых этот элемент права будет обеспечиваться, в том числе, санкции за нарушение;
- максимально возможно подробно и точно (с аргументированными ссылками на необходимость обеспечения внешней свободы других людей) должны быть описаны те условия, при которых провозглашённый элемент права ограничивается для каждого гражданина и в какой мере происходит это ограничение;
- мера ограничения элемента права должна быть минимальной, такой маленькой, как это только достижимо при современных его предоставлении условиях.

Все это может быть сделано только в нормах, их гипотезах, диспозициях и санкциях.

Формулируя Аксиому 10, мы рассмотрели только один пример - с возможным правомерным сокращением права на жизнь. Таких примеров можно привести куда больше. В каждом таком примере обязательно будет присутствовать “условие”, при котором конкретный элемент внешней свободы может (должен) становиться “чуть-

чуть” меньше. Абсолютно, совершенно недопустимо, чтобы это условие создавалось непосредственно в момент уменьшения элемента внешней свободы. В нашем примере - в момент лишения жизни покушающегося. Например, человек в людном месте кричит: “Да я вас всех сейчас замочу!”. Полицейский его убивает, посчитав, что присутствующим грозила реальная опасность, и это убийство впоследствии признается правомерным, хотя до этого события никакая норма в своей гипотезе не предусматривала правомерного лишения жизни человека, что бы он ни кричал, т.е. условие “за угрозу можно лишиться жизни” было создано непосредственно в момент лишения жизни. Очевидно, что все такие условия должны быть максимально точно и подробно прописаны заранее. Любые действия, ограничивающие внешнюю свободу человека, только тогда можно считать правомерными, когда они опираются на заранее разработанную норму.

Аксиома 11.

Не предусмотренное никакой нормой действие, направленное на ограничение чьей-либо внешней свободы, недопустимо.

Итак, теперь, когда мы описали два элемента нормы - гипотезу и диспозицию, необходимо позаботиться и о ее третьем элементе - санкции, задача которой обеспечить эффективность действия первых двух элементов и нормы в целом. Задача нормы согласно Определению 7 - предоставлять и ограничивать внешнюю свободу. Важным элементом такого предоставления и ограничения является наложение обязанностей по соблюдению ограничения внешней свободы теми субъектами, которые могут повлиять на предоставленную внешнюю свободу. Однако, обязанность - такая неприятная вещь, исполнять которую добровольно хочется не всем и не всегда. А нам нужно, чтобы она исполнялась всеми и всегда.

В качестве “стимула” по соблюдению такой обязанности с незапамятных времен применяется санкция.

Определение 18.

Санкция - элемент нормы, описывающий исходящие от обеспечивающего субъекта негативные для нарушителя внешней свободы, предоставляемой этой нормой, последствия, наступающие в результате ее нарушения.

Каждый, кто знакомится с нормой, возлагающей на него ту или иную обязанность, должен иметь возможность ясно и четко понять, что произойдет, если он эту обязанность нарушит.

Гипотеза и диспозиция присутствуют в каждой норме позитивного права, даже если это на первый взгляд и незаметно. А вот санкцией обеспечивается далеко не каждая норма позитивного права. Это совершенно недопустимая ситуация. Именно это является важной причиной того, что законодательство оказывается неэффективным. Норма без санкции мертва. Иными словами, не подкрепленная санкцией норма - не норма.

Это настолько важное обстоятельство, что мы должны зафиксировать его в

Аксиоме 12.

Всякая норма должна содержать санкцию за нарушение провозглашенной ею внешней свободы.

У Гераклита, философа, интуитивно чувствовавшего, предвосхищавшего многое

из того, что мы сегодня считаем очевидным, банальным, мы встречаем такое выражение: “Солнце не переступает положенных границ, ибо если оно <преступит> должные сроки, его разыщут Эринии, <союзницы Правды>” [96, с.224]. Даже Солнце, по мнению Гераклита, ходит по небу не просто потому, что таков порядок, а еще и потому, что за нарушение порядка и Солнцу полагается наказание, санкция.

Ограничение чьей-либо внешней свободы - это почти всегда конфликт. Тем более, когда речь идет о применении санкции. Ограничивающий и ограничиваемый должны иметь инструмент для разрешения конфликта между ними. Таким инструментом и является норма. От её качества зависит не только справедливое разрешение конкретного конфликта, но и, в значительной степени, предотвращение его возникновения. Если норма плохо сформулирована, если гипотеза или диспозиция изложены так, что не обеспечивают абсолютно однозначного их толкования, допускают возможность различного прочтения изложенного в них текста, обе стороны конфликта могут совершенно добросовестно и искренне считать нарушительницей именно противную сторону. Что задумывал или хотел сделать законодатель, когда творил норму, после её опубликования уже не имеет значения. Значение имеет не тот “дух”, который он хотел воплотить в законе, а только то, что у него получилось в результате. “Нет ничего опаснее общепринятой аксиомы, что следует руководствоваться духом закона. Это всё равно, что уничтожить плотину, сдерживающую бурный поток произвольных мнений” [5, с.115].

Аксиома 13.

Всякая норма должна быть сформулирована так, чтобы минимизировать возможность её неверного понимания.

Здесь необходимо еще раз подчеркнуть тот факт, что норма и статья (пункт, параграф и т.п.) правового акта не тождественные понятия. Норму, т.е. совокупность гипотезы, диспозиции и санкции вообще крайне редко удастся изложить в виде отдельной статьи. Значительно чаще элементы нормы рассредоточены по разным статьям закона, а то и по разным законам. Конечно же, это значительно усложняет понимание и применение норм на практике. Причиной такого положения является отсутствие в юридической науке общепризнанного понимания именно нормы, как центрального, основного элемента правовой системы. Понимание права, как внешней свободы, предоставленной и ограниченной нормой, дает нам реальную возможность анализировать нормы - элементы существующей правовой системы, дает отправную точку для такого анализа, дает теоретическую базу для качественного конструирования новых норм и правовых актов.

Исходя из определения права, норма как элемент правовой системы жестко связана с конкретным элементом права, элементом внешней свободы. Элемент внешней свободы, предоставленный какому-либо субъекту, ограничивает внешнюю свободу (задает правила поведения - в принятой сегодня терминологии) не одного, а сразу нескольких субъектов (групп субъектов).

Прежде всего, это сам субъект, наделенный данным элементом внешней свободы. Мы уже говорили о том, что ни одним элементом внешней свободы никто не может быть наделен абсолютно, даже правом на жизнь, следовательно, и субъект, которому внешняя свобода предоставляется (назовем его - “наделяемый субъект”), должен быть ограничен пределами, внутри которых он может этой свободой пользоваться.

Во-вторых, это все те субъекты, кто теоретически может посягнуть на предоставляемый наделяемому субъекту элемент внешней свободы. Их внешняя

свобода на нарушение предоставляемого другому элементу внешней свободы также должна быть ограничена, т.е. они должны быть обязаны соблюдать, не нарушать предоставленную внешнюю свободу наделяемого субъекта.

В-третьих, это все лица и органы, задачей которых является обеспечение элемента внешней свободы, предоставляемой наделяемому субъекту. В отличие от предыдущих субъектов, ограничение внешней свободы которых выражается в запрете, ограничение внешней свободы обеспечивающих субъектов выражается в обязывании их совершать определенные действия.

Определение 19.

Наделяемый субъект - субъект (субъекты), которому данная норма предоставляет конкретный элемент внешней свободы.

Определение 20.

Ограничиваемый субъект - субъект (субъекты), который имеет принципиальную возможность нарушить предоставляемый данной нормой элемент внешней свободы и которому это нарушение запрещается.

Определение 21.

Обеспечивающий субъект - субъект (субъекты), которому данной нормой вменяется в обязанность обеспечивать предоставленный ею элемент внешней свободы.

Таким образом, мы приходим к выводу о том, что при структурировании правовой системы конкретную норму нельзя связывать

- ни с конкретным субъектом, поскольку каждая норма, предоставляющая и ограничивающая элемент внешней свободы, охватывает своим влиянием три разные группы субъектов;

- ни с конкретным правилом поведения, поскольку каждая норма, предоставляющая и ограничивающая элемент внешней свободы, охватывает целый комплекс правил поведения, различных для разных групп субъектов;

- ни с характером правила поведения (управомочивающий, запрещающий, обязывающий), поскольку каждая норма, предоставляющая и ограничивающая элемент внешней свободы, содержит все три формы правил поведения: управомочивающий - для наделяемого субъекта; запрещающий - для всех остальных субъектов; обязывающий - для обеспечивающих субъектов.

Единственным правильным структурообразующим признаком правовой системы при выделении её элемента - нормы является конкретный элемент внешней свободы, предоставляемый и ограничиваемый данной нормой.

Особо следует остановиться на формах правил поведения, общественных отношений, которые регулирует норма как структурный элемент правовой системы. В юридической литературе такие отношения принято называть правовыми отношениями или правоотношениями.

Исходя из вышесказанного, в правоотношениях всегда участвуют три и только три группы субъектов: наделяемые, ограничиваемые и обеспечивающие. Такое структурирование участников правоотношений, прямо вытекающее из нашего понимания нормы, значительно облегчает и понимание сути правоотношений. Каждый из субъектов может вступать в правоотношения с любым другим субъектом.

Наделяемый субъект вступает в правоотношения с ограничиваемым субъектом, когда тот совершает попытку покуситься на предоставленный элемент внешней свободы, и обеспечивающим субъектом, когда тот действует или бездействует в процессе (или после) нарушения элемента внешней свободы наделяемого субъекта.

Ограничиваемый субъект вступает в правоотношения с наделяемым субъектом, когда пытается покуситься на предоставленный тому элемент внешней свободы, и обеспечивающим субъектом, когда тот пытается предотвратить его покушение на элемент внешней свободы, предоставленный наделяемому субъекту, или совершить установленные действия, когда предотвратить покушение не удалось.

Обеспечивающий субъект вступает в правоотношения с ограничиваемым субъектом, когда пытается предотвратить его покушение на элемент внешней свободы наделяемого субъекта, или совершить установленные действия, когда предотвратить покушение не удалось, и с наделяемым субъектом, когда действует или бездействует в процессе нарушения внешней свободы наделяемого субъекта.

После проведенных разъяснений мы можем правоотношениям дать следующее

Определение 22.

Правоотношения - это отношения, возникающие между наделяемым, ограничивающим и обеспечивающим субъектами в процессе осуществления конкретного элемента внешней свободы.

Согласно Определению 7 право может быть предоставлено только нормой, а предоставление права согласно Определению 17 состоит из его провозглашения и обеспечения возможности его осуществления. При провозглашении важно, чтобы все “слушающие” правильно и, по возможности, одинаково понимали то, что провозглашается. Эту задачу мы попытались решить Аксиомой 13. Если провозглашаемая в норме свобода сформулирована в одинаково понимаемой всеми форме, задача провозглашения может считаться решенной. Эта, едва ли не банальная истина, пока еще не стала такой в юридической практике. Достаточно открыть любой закон, а тем более, любой иной правовой акт, и мы найдем массу примеров нарушения Аксиомы 13. Вот только один из них. Статья 1 Конституции Российской Федерации 1993 года провозглашает нашу свободу, наше право жить в демократическом федеративном правовом государстве с республиканской формой правления. Согласится ли кто-нибудь с тем, что эта норма сформулирована так, что минимизирована возможность её неверного понимания? Спросите на улице сто человек, обладающих этим правом, и вы получите сто вариантов понимания этой нормы. Спросите десять юристов - профессионалов, и вы получите одиннадцать вариантов понимания этой нормы.

Да, добиться абсолютно одинакового понимания каждой нормы всеми гражданами практически невозможно, но стремиться к этому совершенно необходимо.

Требования, изложенные в Аксиомах 12 и 13, трудно предъявить к нормам обычного права, т.к. основной принцип передачи таких норм, их сохранения и распространения - изузность. Ко всем писанным элементам права эти требования применимы в полном объеме.

Эти и другие требования, зафиксированные в предшествовавших определениях, аксиомах и следствиях должны найти адресата. Того, к кому эти требования мы хотим предъявить. Такой адресат есть и имя ему