

ях — эти государства сумели использовать ослабление Сербии, для того чтобы добиться правового закрепления широких прав и значительных выгод в области имущественных отношений для своих подданных, находящихся на территории Сербии.

Л и т е р а т у р а

1. *Пуцић М.* Споменици србски. Београд, 1858. Т.1. С. 31.
2. Српска льтопис. 1859. Т. XXXIII. Кн. 99. С. 9.
3. Закон Судный людем краткой редакцији / Под ред. М.Н. Тихомирова. М., 1961. С. 98.
4. *Зигель Ф.* Законникъ Стефана Душана. СПб., 1872. С. 124.
5. Животи кральева и архиепископа српских написано архиепископ Данило и дуги. Загреб, 1866. С. 144.
6. Русская Правда. Пространная редакција // Российское законодательство X—XX вв. В 9 т. Т.1. М., 1984. С. 64, 66, 70.
7. *Statuta ducis Ottonnis Secundum confirmationem provinciae Brunensi datum 1229* / Под ред. В.М. Корецкого // Хрестоматия памятников феодального государства и права стран Европы. М., 1961. С. 833.
8. Душанов законик: призренски рукопис // Јанковић Д. Историја државе и права феудалне Србије (XII—XV век). Треће издање. Београд, 1961. С. 142.
9. Душанов законик: бистрички препис / Прево Д. Богдановић. Београд, 1994. С. 18.

НОВЫЕ ПОДХОДЫ К ОПРЕДЕЛЕНИЮ ОСНОВОПОЛАГАЮЩИХ КАТЕГОРИЙ ПРАВА

*Е.А. Зорченко,
канд. юрид. наук, доцент*

Право во всем многообразии общественных отношений как предмет всех юридических наук исследуется посредством целой системы общенаучных, специальных и частных методов. Причем каждая отдельная юридическая наука использует в своем арсенале методы, позволяющие исследовать наиболее полно, последовательно, научно, комплексно ее предмет. Именно предмет и метод в единстве определяют своеобразие каждой науки, отграничивают ее от близких и смежных наук.

Предметом общей теории права как науки является система научных знаний о сущности, о внутренней природе правовых явлений. Она принимает во внимание только самое необходимое в способе существования права, и ее задача — свести отдельное правовое явление к его понятию или определению.

Говоря о методах общей теории права, можно выявить несколько тенденций в их развитии. Первая тенденция проявляется в освоении и успешном использовании значительного объема традиционных методов исследования, включающих три блока. Прежде всего общая теория права использует общенаучные методы, применяемые во всех естественных и общественных науках, к которым относятся — диалектика и метафизика, материализм и идеализм, анализ и синтез, индукция и дедукция, аналогия, абстрагирование, моделирование и др.; специальные методы, применяемые в нескольких науках, в частности, системный, сравнительный, функциональный, статистический, математический, социологический и т.д.; наконец методы, применяемые только в исследовании правовых явлений, т.е. частнонаучные: метод сравнительного правоведения как средство изучения правовых систем различных государств, метод сравнительного анализа сходных правовых источников и ценностей, принципов права, механизмов правового регулирования и т.д. Метод правового эксперимента предполагает введение в ограниченном территориальном или субъектном масштабе юридических нововведений с целью определения их эффективности и возможности использовать затем в более широком масштабе.

Особенно широко в общей теории права используются такие частнонаучные методы, как формально-юридический и формально-логический. Первый проявляется в исследовании сущности права и позволяет описывать, классифицировать и систематизировать правовые явления, исследовать их внутреннее строение и внешнюю форму. Второй метод предназначен для анализа формализованных правовых явлений, в частности построения иерархий, выявления пробелов в системах, разграничения стадий в правовой деятельности.

Процесс поиска и разработки новых методов — вторая тенденция развития методологии общей теории права. Этот процесс следует признать закономерным. Общая теория права в частности начинает воспринимать методологию, идущую от синергетики (науки о самопроизвольных и случайных процессах). Эти методы получили распространение при анализе проблем местного самоуправления, что позволило четко отделить этот институт от института государственного управления; при более комплексном анализе субъективного фактора в правовой жизни, например, правовой культуры парламентариев, судей, других должностных лиц; при анализе феномена «естественные права человека», формулировании теории гражданского общества и т.д.

Наконец, третья тенденция развития методологии общей теории права проявляется в том, что некоторые методы, игнорировавшиеся ранее, реабилитируются, восстанавливаются, а иные уходят в историю. Так, все активнее стал использоваться метафизический метод, позволяющий разграничить общую теорию права от философии права, если последнюю понимать как юридическую метафизику. Общая теория права исходит из наблюдения за правовыми системами, их элементами и структурами и опирается на частные результаты таких исследований, но исключает конкретные интеллектуальные построения, концепции, приемы. Эта наука изучает право таким, какое оно есть. Философия права старается освободиться от догматики права, его технического аппарата и видит свое предназначение в выявлении сущности права, его метаюридического значения, т.е. изучает право таким, каким это право должно быть, какие ценности оно должно культивировать. Поэтому пытаюсь осознать, что такое право, какова его ценность, общая теория права и философия права делают это с использованием различных приемов: общая теория права — отталкиваясь от самого права и с целью овладения закономерностями его существования; философия права — отталкиваясь от философии и с целью сублимации юридического в метафизическое.

Второе дыхание получил идеалистический метод, особенно применительно к возрождению психологической теории права, естественно-правовой концепции права. Это позволило автору предложить еще один критерий деления правовых систем мира в зависимости от того, ценности персонцентризма или системцентризма воспроизводит правовая система, т.е. от соотношения и взаимодействия человека как элемента общественной системы и общественной системы как таковой. Несомненно, что и человек, и система обладают ценностью: человек — поскольку является элементом социальной системы и ее благополучие определяется благополучием составляющих ее людей; социальная система — поскольку является средой, где воспроизводится род человеческий. Критериями такого разделения могут служить: различное соотношение права и закона; приоритет права над государством, либо наоборот; признание либо отрицание естественных прав и свобод человека в качестве основной ценности и движущей силы правовой системы.

Правовые системы, воспроизводящие ценности персонцентризма, создают в том числе и юридические условия для осознания того, что благополучие общества зависит от свободы, инициативности, независимости, творчества каждого отдельного

человека. Здесь различаются право и закон, реализуется приоритет права над государством, признаются и гарантируются права и свободы человека, отдается предпочтение частному, индивидуальному интересу.

Правовые системы государств, воспроизводящих ценности системоцентризма, обеспечивают существование общества в целом, не выделяя и не акцентируя внимания на отдельном человеке. В данном случае человек не оценивается как самостоятельная личность, а рассматривается как средство существования общества. Коллективный интерес в такой правовой системе преобладает над индивидуальным, право здесь приравнивается к закону, государство, творя закон, одновременно творит и право, оно определяет и закрепляет параметры прав и свобод человека только в его правовом статусе.

Следует отметить, что в правовых системах государств персонцентризма в понимании права воспроизводится непозитивистский подход, а в правовых системах системоцентризма реализуется позитивизм в понимании сущности права.

Каков же результат нового осмысления права посредством использования нового содержания и целей правовой методологии? Мы видим возможность обновления общей теории права в постсоветских странах посредством наполнения привычных для понимания казалось бы досконально разработанных правовых категорий и правовых институтов новым содержанием.

В этой связи проанализируем юридическую связку «право и закон». Ранее, при господстве методологии марксистско-ленинского правопонимания как одного из направлений позитивизма, советскими учеными право и закон отождествлялись, и под правом понималась воля государственной власти, ее приказы, изданные в установленных процессуальных формах. Вне закона право не изучалось. Оно понималось только как содержание закона, где закон предполагался как форма. Без материальной формы, т.е. правовых источников, содержание, т.е. само право, не представлялось. Единственно признанное определение права включало систему общеобязательных, формально определенных норм, регулирующих общественные отношения, исходящих от государства и им охраняемых. Сущностью права в таком понимании считалась возведенная в закон воля сначала большинства, а затем определенной социальной группы, обладающей реальной государственной властью.

Ныне, с внедрением в научный инструментарий методов изучения права непозитивистского направления, право и закон стали различать, разграничивать, причем приоритет отдается

именно праву. Под правом понимают справедливое естественное право, которое предшествует закону. Оно охватывает совокупность дозаконотворческих и незаконотворческих норм, требований, закономерностей и принципов, закон же — вторичен и должен стать вместилищем для естественного права. Таким образом, право, исходя из данной концепции, это система естественных, неотъемлемых прав человека, существующих независимо от воли государства. Задачей же государства является лишь формальное закрепление права, например, первичных норм — в законах, а вторичных — в подзаконных актах. Государственные органы не творят право, не создают его, а находят и фиксируют в источниках права. Под сущностью права здесь следует понимать меру социальной свободы человека, соединенную с его же мерой социальной ответственности перед другими людьми.

В связи с вышеизложенным появилась проблема уточнения и других правовых категорий. Например, может ли быть закон неправовым и всякий ли закон правовой? Да, закон, в котором зафиксированы нарушения или ограничения прав и свобод человека, является неправовым, даже если он принят в соответствии со всеми процессуальными требованиями. Кроме этого, разграничились два на первый взгляд идентичные понятия «правоотношение» и «законоотношение», где под термином «правоотношение» стало пониматься всякое общественное отношение, содержанием которого являются субъективные права и юридические обязанности граждан, существующее как до его законодательного закрепления государством, так и после, а «законоотношение» — как общественное отношение, обязательно урегулированное государством посредством юридической нормы. Изменяется понимание и термина «законность». Это проявляется не только в том, что законность стали исследовать без обязательного ранее прилагательного «социалистическая», но и в том, что этот термин сегодня все более соответствует концепции современного неопозитивистского правопонимания. Законность — это не столько строгое, неуклонное исполнение всеми субъектами права законов и подзаконных актов (определение, кочевавшее из одного советского учебника в другой), сколько требование реального выражения права в законах. В таком понимании термин «законность» не дает оснований нивелировать закон, а наоборот, упрочняет его верховенство в иерархии нормативных правовых актов, предъявляет особые требования к субъектам законности, к которым относятся только должностные лица государства, т.е. те, к кому пред-

являются требования *строгого* исполнения законов в подзаконном правотворчестве и правоприменении.

Обновленная методология общей теории права изменила понимание соотношения права и государства. До последнего времени советская теория государства и права, используя только методы позитивистского правопонимания, базировалась на следующих постулатах: государство первично, поскольку оно создает право в форме закона, сохраняет и поддерживает правовой порядок, основанный на таком праве. В рамках позитивистского типа правопонимания выделяют социологическое и легистское понятия государства. Ныне, включив в арсенал научного познания методы непозитивистского правопонимания, все больший круг правоведов современной общей теории права признают другое соотношение права и государства, а именно, право — явление догосударственное и внегосударственное, государство обязано отыскать право в системе естественных прав и свобод человека и зафиксировать его в позитивном праве: нормативном правовом акте, судебном прецеденте и т.д.

Непозитивистское правопонимание выдвигает и качественные другие подходы к пониманию государства. Если ранее, как говорилось, право выводилось из понятия государства, например, право есть воля господствующего класса, то теперь все чаще понятие государства выводится из понятия права. Непозитивизм предполагает, что государственной властью может быть такая публичная политическая власть, при которой граждане государства обладают свободой. Здесь используют юридическое (правовое, либертарное) понятие государства, суть которого состоит в том, что государство — это правовая форма власти, основным предназначением которой является защита свободы, безопасности, собственности подвластных. Иными словами, государство — это власть, введенная в правовые рамки и ограниченная свободой подвластных.

Поскольку сегодня правоведение оперирует различными подходами к пониманию и права, и государства, соответственно существуют различные подходы и к пониманию правового государства.

Так, с позиции социологического понятия государства и позитивистского понимания права правовое государство невозможно, поскольку право это — закон, вне закона и без закона оно не существует, следовательно, если государство связано законом, то это государство законности. Такое государство само создает эти законы для всех граждан и государственных служащих, определяя их возможности и обязанности, оно в любой

момент имеет право изменять содержание законов или отменять их вообще. Данный подход определяет государство как наиболее сильную организацию власти, которая не может быть связана дозаконотворческими естественными правами человека, поскольку право, исходя из этой теории, по своей природе не может стоять над государством. Цель такого государства законности — соблюдение законов.

С позиции легистского понимания государства и позитивистского понимания права, наоборот, всякое государство правовое, поскольку сущность государства определена в содержании законов о нем. Несомненно то, что всякое государство имеет законы, где определены компетенция его государственных органов, правовой статус гражданина, а коль это так, то значит оно и есть правовое государство, а термин «правовое государство» — речевое излишество, как, например, масло масляное.

В период ревизии основополагающих понятий и категорий права, когда стали различать право и закон, по-новому взглянули на соотношение права и государства, должно получить новое звучание и понятие «правовое государство».

Понятие «правовое государство» вполне логично вытекает из правового или юридического понимания государства и неопозитивистского понимания права. Основной постулат этого понимания государства состоит в том, что государственная власть всегда связана с правом, т.е. ограничена правами человека. Правовое государство — это такое государство, где государственная власть максимально ограничена правом, т.е. свободой гражданина и соответственно это минимальное государство. Оно опирается на инициативных, творческих, самостоятельных граждан-собственников, которые самостоятельно организуют свою жизнедеятельность, развивают и защищают их автономность, устанавливает общие для всех правила «игры». Здесь признаются и гарантируются естественные права человека, реализуется принцип разделения государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную, обеспечивается принцип верховенства права. Государство и гражданин — партнеры в государственно-правовых отношениях, они наделены взаимными правами и обязанностями. Концепцией такого государства является «от человека к государству», а не наоборот «от государства к человеку», к чему мы привыкли за время господства марксистско-ленинской трактовки права и государства.

С точки зрения правового или юридического понятия государства различают правовое и полицейское государство. Это демократические государства, где признаются права и свободы

человека, но если в правовом государстве права человека максимально ограничивают государственную власть, если здесь воплощается либеральная концепция минимального государства, государства «ночного сторожа», а принцип реализации прав и свобод человека в правовом государстве — «свобода от» всякого вмешательства, то в полицейском государстве само государство максимальное, оно представлено мощным административным аппаратом. Закон здесь дозволяет административной власти практически все, что не нарушает минимальные права человека, права человека ограничивают власть минимально. Права и свободы в полицейском государстве реализуются по принципу «свобода на», т.е. это не либеральное, а социальное государство, обеспечивающее прежде всего равные социальные права. Именно здесь процветает мелочная опека над частной жизнью человека, ограничивается свободное усмотрение и самостоятельность человека, подавляется собственник, развивается социальное иждивенчество, гражданин — больше объект власти, ее попечительства.

Таким образом, следует сделать вывод о том, что правовое государство — это либеральное, минимальное государство, где высоко развиты и право, и государственность, и правовая культура человека.

Использование новой методологии в уточнении и расширении понятийного аппарата общей теории права дает возможность по-новому взглянуть на право посредством сопоставления и изучения парных правовых категорий. В частности методы сопоставления и противопоставления позволяют привычные, часто используемые правовые понятия анализировать одновременно с их противоположностями, посредством чего появилась возможность создавать парные правовые категории, аналогичные таким, например, как «добро — зло», «истина — ложь». Главное, что следует иметь в виду — это то, что парные противоположные категории имеют способность к взаимопревращениям, поэтому использование одной из двух парных категорий предполагает учет смысла другой, противоположной.

Мы считаем, что необходимо использовать взаимопроникновение, взаимозаменяемость и взаимопревращения, например, таких парных категорий: государство и деспотия; государство и гражданское общество; право и неправое; эволюция права и революция права.

Кроме вышеобозначенных парных категорий, возможно образование и исследование других пар, например, таких: «право как наука» и «право как искусство»; «правовая культура» и

«правовой нигилизм»; «правомерное поведение» и «противоправное поведение»; «правовое принуждение» и «правовое насилие»; «дисномия — сверхпорядок» и «аномия — состояние, близкое к хаосу».

Следует признать, что из обширного арсенала методов правового регулирования страны, входящие в англосаксонскую и романо-германскую правовые системы, при определении и исследовании основополагающих правовых категорий предпочитают использовать противоположные методы. Так, исследователи романо-германского права чаще опираются на дедуктивный метод (от общего к частному), в то время как среди исследователей общего права большей популярностью пользуются индуктивные методы (от частного к общему).

Это обусловлено тем, что механизм правового регулирования в этих двух основных правовых системах мира имеет различные модели. Судебный прецедент как основной источник англосаксонского права возникает снизу, в процессе рассмотрения конкретного дела и становится общей нормой в результате деятельности Верховного суда. Модель возникновения нормативного правового акта принципиально другая: он создается сверху органом власти и термины, содержащиеся в нем, носят только общий характер (гражданин, несовершеннолетний, юридическое лицо и т.д.). Именно поэтому структуру правовой нормы общего права нельзя обозначить в виде логической формулы структуры правовой нормы романо-германского права: «Если..., то..., иначе...» Общее право не подразделяется по критериям романо-германского права на отрасли и на частное и публичное.

Использование различных методов в организации романо-германской и англосаксонской правовых систем привело к существованию различных подходов в понимании роли государства в построении системы права в этих двух правовых системах. Система европейского права полностью сконструирована государством и фактически совпадает с системой законодательства. Ниже представлены системообразующие элементы системы права и системы законодательства: норма права — статья нормативного правового акта; институт права — конкретный закон; подотрасль права — закон, кодекс; отрасль права — кодекс, совокупность законов; право частное и публичное — совокупность законодательных актов; право материальное и процессуальное — совокупность законодательных актов. Структура англосаксонского права совершенно иная и роль государства здесь вторична. Она может быть представлена в такой последовательности:

права человека — первооснова права, его базис, наиболее общие правовые нормы, составляющие глубинный слой права, содержащий его «гены», «ДНК» и являющиеся основой для позитивного права, исходящего от государства;

принципы права — основные идеи, начала, руководящие положения, выражающие сущность права;

референдумное право — нормы позитивного права, принятые в результате волеизъявления гражданами непосредственно и определенно, без возможных искажений и изменений государственными органами;

нормы, изданные государственными органами. Это в основном нормы публичного права, регулирующие вертикальные отношения по поводу формирования государственной власти, налогообложения, экологии, обеспечения правопорядка, осуществления правосудия. Такие нормы называют централизованными государственными нормами;

корпоративные нормы — правила поведения, разрабатываемые в организациях и распространяемые на их коллективы;

договорные нормы — формируются самими гражданами или их организациями для урегулирования вопросов, по которым закон либо молчит, либо дает возможность субъектам права определяться самостоятельно.

Использование различных методов правового регулирования отличает также демократическое и авторитарное государство, если первое чаще использует диспозитивный метод в правовом регулировании, то во втором преобладает императивный. Интересны в этом отношении судьбы трудового, банковского, торгового права, права социального обеспечения в посттоталитарных государствах, которые из сферы публичного права постепенно передвигаются в сферу частного права.

К ВОПРОСУ О ПРАВОТВОРЧЕСТВЕ

*Е.А. Тихоненко,
канд. юрид. наук, доцент*

Обычно под правотворчеством понимают правомерную деятельность по созданию правовых норм и их совершенствованию. В результате такой деятельности возникают правовые нормы. Их совокупность представляет собой законодательство, если употреблять этот термин в широком смысле слова.