

ПРАВО

ЮРИДИЧЕСКИЙ
ЖУРНАЛ

Украины

Научно-практическое издание

Основано в 1922 году

Издается ежемесячно

Свидетельство о государственной
регистрации: Серия А01 № 129671

Подписной индекс в редакции: 777-2

Адрес редакционной коллегии:

04107, г. Киев

ул. Багговутовская, 17–21

Тел.: +380 (44) 537-51-07

Ответственный секретарь:

Горенко М. В.

E-mail: info@pravoua.com.ua

Главный редактор:

Святоцкий А. Д.,

доктор юридических наук, профессор,
академик НАПрН Украины

Ответственный за русскоязычную версию:

Кресин А. В.,

заместитель главного редактора,
кандидат юридических наук, доцент

УЧРЕДИТЕЛИ

Национальная академия правовых наук Украины

Институт государства и права им. В. М. Корецкого НАН Украины

Национальный университет «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого»

Конституционный Суд Украины

Верховный Суд Украины

Высший хозяйственный суд Украины

Генеральная прокуратура Украины

Министерство юстиции Украины

Союз адвокатов Украины

Трудовой коллектив редакции журнала «Право Украины»

1/2011

СОДЕРЖАНИЕ

ТАЦИЙ В. Вступительное слово председателя научного совета журнала	4
СВЯТОЦКИЙ А. Вступительное слово главного редактора журнала	6
Актуальная тема номера	
ПРАВОПОНИМАНИЕ — ФУНДАМЕНТ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ И ПРАКТИКИ	
I. Философские и общетеоретические основы правопонимания	
РАБИНОВИЧ П. Правопонимание: сущность, причины и неизбежность плюрализма, современное европейское измерение	8
КОЗЮБРА Н. Правопонимание: понятие, типы и уровни	25
ЦВИК М. Правопонимание (значение повторяемости общественных отношений для его исследования)	38
АЛЕКСИ Р. Дуальная природа права	45
БУЛЫГИН Е. Алекси между позитивизмом и непозитивизмом	59
ТОЛСТИК В. Борьба за содержание права — важнейшее научное направление	71
МАКСИМОВ С. Дуальность права	78
ЧЕСТНОВ И. Социолого-антропологический тип правопонимания в контексте постклассической картины мира	85
КОЗЛОВСКИЙ А. Причинно-целевые антиномии правопонимания	90
МИШИНА И. Аксиологическое правопонимание	96
ШАФИРОВ В. Человекоцентристский подход к пониманию права	101
ОБОРотов Ю. Правопонимание как аксиоматическое начало (постулат) права	107
ПЕРМЯКОВ Ю. Правопонимание как самоопределение исторического субъекта	115
СТОВБА А. Правопонимание vs. правосознание: проблемы и перспективы	123
ВАРЛАМОВА Н. Право и справедливость: соотношение в контексте различных типов правопонимания	129
Научные рефераты	
ЯЦЕНКО О. Современное правопонимание: основные концепции	135
ВОВК Д. Об одобрении повторяющихся общественных отношений как этапе генезиса права	138
БОЙЧУК С. Типология форм правопонимания: комплексный подход	141
II. Исторические и сравнительные аспекты правопонимания	
ГРАФСКИЙ В. О традициях в понимании права	143
ВАРГА Ч. Природа права. Историческое сравнение правовой онтологии и правовой идеологии	150
КОСТЕНКО А. Что есть право? Об основах «натуралистической» юриспруденции в свете социального натурализма	160
МАРТЫШИН О. Классические типы правопонимания и «новые теории права»	170
ТИХОМИРОВ А. Философские и методологические аспекты компаративного подхода к правопониманию	178
ЮЩИК А. О необходимости познания сущности и определения понятия права	184
ЛЕМАК В. Изменение парадигмы правопонимания: опыт государств Центральной Европы	192
ДУДЧЕНКО В. Роль нормативных фактов в современном правопонимании	199
РАБИНОВИЧ С. Юснатурализм в философско-правовой мысли Украины: взаимодействие западной и восточной традиций европейского права	207
МОРДОВЦЕВ А. Национальная правовая реальность в период смены эвристических ориентиров: вопросы понимания	214
Научные рефераты	
ЧУБКО Т. Проблемы правопонимания в условиях глобализации	219
КЛОЧКОВА Ю. Современные тенденции формирования правопонимания в условиях правовой конвергенции	222
СМОРОДИНСКИЙ В. Юридический позитивизм в XXI веке: истоки и перспективы	225

СОЛОМКО З. Реидеологизация как логика постсоветского правопонимания	228
КАСАТКИН С. Интегративность в понимании права. Интегративные аспекты правовой концепции Герберта Л. А. Харта	232
ПРИБЫТКОВА Е. «Минимальное содержание естественного права» (проект сближения юснатурализма и юридического позитивизма Герберта Л. А. Харта)	236
III. Правопонимание в структуре правовой системы, юридической науки и практики	
ПЕТРИШИН А. Проблемы социализации правовой науки	240
БЕХРУЗ Х. Правопонимание, понимание права и типология правовых систем	250
ГРЕВЦОВ Ю. К правопониманию: правовые отношения в связи с юридическими фактами и нормами права	256
ОНИЩЕНКО Н. Современное правопонимание в контексте истоков, постулатов, основных принципов и функционального назначения права	264
ПОГРЕБНЯК С. Признаки права в контексте современного правопонимания	272
КРУСС В. Конституционное правопонимание	279
СТЕЦЕНКО С. Правопонимание: соотношение теории и юридической практики	285
ТЕПЛЮК М. Действие права и действие закона в современном аспекте правопонимания	291
МУРАШКО Л. Проблемы правообразования в Республике Беларусь (в свете различия права и закона)	300
ДУДАШ Т. Влияние правопонимания органов конституционной юрисдикции на их правотолковательную деятельность (Германия, США, Украина)	307
Научные рефераты	
ЛИТВИНОВ А. Правопонимание как культурная характеристика общества (общий взгляд на проблему и ее украинский ракурс)	314
ЛИПЕНЬ С. Правопонимание и применение права: к проблеме соотношения законности и усмотрения в правоприменительной деятельности с позиций разных подходов к пониманию права в юридической науке начала XX в.	317
САХАНЬ Е. Деструктивное правопонимание: причины, проявления, пути предупреждения	320
Проблема правопонимания — предмет международного научного симпозиума	
Международный научный симпозиум «Правопонимание: вопросы теории, правовой политики и юридической практики»	323
Избранная библиография современных монографических работ по вопросам правопонимания	331
Выдающиеся европейские юристы — теоретики XX века	
Рене Давид — один из наиболее выдающихся специалистов в области сравнительного правоведения	333
Сергей Сергеевич Алексеев — современный классик теории права	337
Петр Емельянович Недбайло — выдающийся теоретик права, педагог, государственный деятель	340
Новеллы законодательства Украины	
Обзор законодательства Украины за 2010 г.	342
Ведущие научные юридические учреждения Украины	
Национальная академия правовых наук Украины — высшее исследовательское учреждение в области юриспруденции	350

Вниманию читателей журнала «Право Украины»!

Актуальной темой следующего номера издания будет:

**«Международный коммерческий арбитраж:
современные тенденции развития и проблемы
(от арбитражной оговорки до исполнения решения)».**

ЧЕЛОВЕКОЦЕНТРИСТСКИЙ ПОДХОД К ПОНИМАНИЮ ПРАВА



В. ШАФИРОВ

*доктор юридических наук, профессор,
заведующий кафедрой
теории государства и права
(Юридический институт
Сибирского федерального университета)*

Движение общества по пути социального прогресса возможно только на правовой основе. Более того, в процессе проводимых качественных изменений в различных сферах общественной жизни праву закономерно отводится фундаментальная роль. Вопрос лишь в том, о каком праве идет речь. Понимание права как строгого, формального, чисто внешнего, ограничивающего свободу, обязательно-принудительного явления (государствоцентристский подход к праву), как показывает практика, исчерпало себя. Сформированные данной теоретической традицией идейные основы, образ права не только не вписываются в современную конституционную модель правового демократического и социального государства, но и не соответствуют истинной природе, сущности и назначению права вообще. Сегодня как никогда требуется такое видение права, для которого мерой всех вещей действительно выступает благополучие социально-правовой жизни каждого конкретного человека и гражданина. Речь идет не просто об учете, уважении интересов личности, а о человеческом измерении права. А это уже совершенно другой подход, выражающий принципиально иной взгляд на право.

Он зиждется не на противопоставлении различных концепций права, а на их интеграции. Единство и взаимодействие всех положительных сторон разных теорий (и особенно естественно-правовой и юридического позитивизма) на основе человеческого измерения позволяет обосновывать новое качественное явление — естественно-позитивное право. Причем понятие «естественно-позитивное право» в одинаковой мере имеет как научное, общемировоззренческое, так и непосредственно практическое, операционное значение.

Концепция естественно-позитивного права, снимая ограниченность (каждой в отдельности) различных школ правопонимания, позволяет сменить приоритеты в раскрытии интересующего нас феномена. В первую очередь, опираясь на системообразующий критерий — человеческое измерение, предложить на роль первичного элемента структуры права, вместо нормы — права и свободы. Для личности имеют значение не нормы сами по себе, а те ценности, которые посредством их закрепляются, реализуются, отражаются. Такими жизненно важными, судьбоносными ценностями для правовой личности служат права

и свободы. Осознание, закрепление и гарантирование прав и свобод (свободы) — главная миссия, предназначение, преимущество права (перед другими социальными регуляторами) в обществе, государстве.

Изменение взгляда на первичный элемент структуры права позволяет с новых методологических, теоретических позиций осветить сущность, содержание, форму права, его обеспечение.

Сущность права обусловлена природой человека, его стремлением к свободе, самоопределению. Свобода, в свою очередь, выражается в правах и свободах. Поэтому основное, глубинное в праве — права и свободы человека. Свободная человеческая личность также невозможна без прав и свобод, как без сердца, нервной системы, легких и т. п. Вот почему право (права и свободы) не навязано и не могло быть навязано никем извне, включая государство. Формирование правовых свойств индивида — объективный, необходимый, достаточно сложный и длительный процесс. При познании, овладении правом изменяется многовековой привычный жизненный коллективистский уклад, где «я» и «мы» — нераздельны. Правовые способности личности, напротив, появляются вместе с утверждением частного интереса, частной собственности, разграничением индивидуального и коллективного. Поступать по праву — означает в первую очередь поступать по своему желанию, в личных интересах, по своему усмотрению.

Процесс рождения позитивного права (возведение в закон воли относительного меньшинства) не изменил и не способен был изменить человеческую природу права вообще. Во-первых, благодаря волеустановленному (позитивному) праву определенная,

пусть и меньшая часть людей, реально ощутила себя правовыми личностями; во-вторых, был открыт, хотя и не простой, путь постепенного превращения всех представителей рода «человек» в правовую личность. В результате борьбы за право его сущность из выражения воли меньшинства превратилась в выражение воли относительного большинства. Итак, естественно-позитивное право по своей сущности есть возведенная в закон (иные официальные источники) воля относительного большинства людей, провозглашающая свободу (права и свободы) человека и гражданина как высшую ценность.

Содержание права конкретизирует, обогащает его сущность. Содержание естественно-позитивного права включает два элемента: свободу и справедливость. Право одновременно есть сама свобода и ее мера. Наиболее адекватным и полным юридическим выражением свободы являются права и свободы. В самих правах и свободах нет никакого долга, обязанности ни перед другими людьми, ни перед обществом, ни перед государством. Поэтому в правах и свободах реально, а не формально, выражается свобода человека. Право как свобода проявляется в двух аспектах: негативном и позитивном. В первом (негативном) значении это свобода от любой формы личной зависимости, дискриминации, вмешательства в частную жизнь, принуждения со стороны кого бы то ни было. Во втором (позитивном) смысле — это свобода (возможность) «для» проявления правовой активности.

Свобода одних людей соседствует со свободой других. Поэтому всегда существовала и существует проблема, как уравновесить, сделать правильной, то есть справедливой, свободу общения. В отличие от свободы, предпо-

лагающей возможное поведение, справедливость требует должного, обязательного поведения. Свободой (правами и свободами) в том или ином случае человек может не воспользоваться, поступать же несправедливо запрещено. Право как выражение справедливости требует выполнения двух групп условий: условий правового равенства и условий правового неравенства. Правовое равенство — субстанция справедливости, важнейший элемент ее содержания. С юридической точки зрения это выражается в равенстве перед законом и судом. Оно включает в себя признание необходимости одинаковой правосубъектности, равноправия, равной возможности для осуществления прав и свобод, сбалансированности прав и обязанностей, одинакового применения закона ко всем, использование равных оснований ограничения прав и свобод.

Неравенство в противоположность равенству предполагает неодинаковую величину (объем) прав и обязанностей, наличие преимуществ. При сохранении равенства общих возможностей законодательное закрепление неравенства, прежде всего, ведет к наибольшей выгоде менее преуспевающих, социально менее защищенных групп населения. Кроме того, правовое неравенство позволяет устранить «уравниловку», воздать каждому в соответствии с его вкладом, заслугами и упущениями, включая правонарушения.

Непосредственно связана с содержанием права его внутренняя форма. Она есть сама организация содержания, его структуры. Внутренней формой содержания права как общей меры свободы и справедливости служат нормативные регулятивные средства: управомочивающие и обязывающие (запрещающие). Ведущая роль при-

надлежит управомочивающим. Главное, что их объединяет, — это заложенные в средствах дозволения права (возможности). В понятийном структурном ряду «управомочивающие регулятивные средства» можно выделить: а) управомочивающие нормативные обобщения, б) управомочивающие нормы. Только рассматриваемые вместе они дают системное, концептуальное восприятие права в качестве нормативного регулятора поведения.

Понятийно-структурный ряд средств дозволений — основное звено в реализации формулы: «можно делать все, что правом (законом) не запрещено».

Управомочивающие нормативные обобщения рассчитаны на правовую свободу (возможность), которую нельзя предварительно даже относительно точно измерить, нормировать, т. е. закрепить определенный объем прав и свобод. В таких случаях возможность существует на самом высоком уровне абстракции, нормативности. Здесь активную роль начинает играть комплекс управомочивающих нормативных обобщений (правовые принципы, цели, задачи, дефиниции, презумпции, фикции и т. п.). Через них законодатель одновременно и закрепляет общую возможность, и дает ориентиры (критерии правомерности) ее осуществления.

Управомочивающие нормы благодаря связи ее структурных элементов дают ту или иную определенность о правах и свободах. В зависимости от уровня саморегуляции управомочивающие нормы делятся на: определенные, позволяющие выбор вариантов поведения, ситуационные, диспозитивные, рекомендательные. Управомочивающие нормативные средства должны находиться в органическом равновесии с позитивными обязываниями и запретами, что создает усло-

вия для баланса свободы и справедливости в праве.

Внешняя форма права направлена на официальное выражение и закрепление его сущности и содержания. Центральная проблема внешней формы права — соотношение права и закона. Право не всегда совпадает с законом, не сводимо к нему. Несовпадение права и закона не обязательно обусловлено негативными причинами. Право и закон могут не совпадать: во-первых, потому что право выражается не только в законе (нормативных актах), но и других источниках (формах) права. Во-вторых, право выражается как в законах того или иного государства (национальном праве), так и нормативных международных документах (декларациях, пактах), то есть в международном праве. В-третьих, права и свободы человека и гражданина имеют непосредственное действие, независимо от наличия конкретизирующего их закона.

Другое дело, когда издается неправовой закон. Последнее расхождение права и закона назвать нормальным нельзя. В кругу основных причин принятия неправового закона следует назвать то, что закон в большей степени рассматривается с формально-юридических позиций. Однако юридический закон является видом общественного закона. А это значит, что он имеет объективный, необходимый, повторяющийся и устойчивый характер. В процессе законотворчества невозможно игнорировать данное обстоятельство. Важно, следовательно, учитывать оба значения термина «закон»: 1) объективно существующие необходимые, повторяющиеся и устойчивые связи (отношения) в обществе и внутри самого права; 2) нормативный правовой акт, обладающий высшей юридической силой.

В правотворческой практике нередко наблюдается иная картина. Объективная составляющая юридического закона, его принадлежность к семье законов общества во внимание берется не всегда. В ходе нормотворчества субъективный фактор, усмотрение законодателя имеют довольно значительное влияние. Закону в иерархии нормативных актов отводится первая строчка, но прежде всего по формальным юридическим признакам (высшей юридической силе, органам, его принявшим, и т. д.). Тем самым важнейшие свойства права, вытекающие из природы человека, оказываются недостаточно учтенными, а то и проигнорированными. В результате закрепляются: абстрактно сформулированные цели, задачи правового регулирования; популистские, противоречивые, дублирующие правила поведения; вводятся в действие законы без пакета обеспечивающих их «работу» актов; принимаются законы с плохо просчитанными социальными последствиями их реализации, не прошедшие необходимую апробацию и т. д. А это значительно снижает эффективность правового регулирования, наносит ущерб престижу права, умаляет права и свободы человека и гражданина. Все это расходится с известным конституционным положением о том, что права и свободы «...определяют смысл, содержание и применение законов».

Итак, подлинный закон (как нормативный акт) должен быть только правовым. Что побуждает исследователей, практических работников оценивать закон как нормативный акт уже и с содержательной, а не только с формальной юридической стороны. В правовом законе органически соединены естественное право и позитивное, т. е. содержание, исходящее из

природы человека, и содержание, определяемое государством.

Принято считать, что право обеспечивается государственным принуждением. На самом деле обеспечение права — многоаспектная проблема. Она не ограничена рамками государственно-принудительного воздействия, не должна отождествляться с ним. Сведение обеспечения права к принуждению делает второстепенным содействие, помощь правомерно ведущим себя субъектам, объявляя главными в работе правообеспечительного механизма те элементы, которые пускаются в ход для борьбы с отклоняющимся поведением. Это не соответствует действительному предназначению права в обществе.

Так, задача публичных органов власти в ходе организации осуществления права — не принудить управомоченного к выбору правового варианта поведения, не навязать свои «услуги», а создать такие комфортные условия, которые со всей очевидностью демонстрируют преимущество юридических процедур, инструментов в приобретении необходимых благ. Формы содействия при использовании прав: правовое информирование, толкование (официальное легальное и неофициальное профессиональное), юридическое консультирование, установление правового положения личности, проведение юридически значимых мероприятий, составление и выдача правовых документов, правовое представительство. Более значимое место в механизме обеспечения права должны занять правовое стимулирование, правовое образование.

Правообеспечительная деятельность проводится различными субъектами. При всей их неодинаковости (статус, полномочия, виды) главным, общим моментом служит то, что обес-

печение прав и свобод для них — это, прежде всего, обязанность. Иными словами, гарантировать права и свободы в любой форме — это не акт доброй воли или благотворительность, а прямой юридический долг государства, его органов, органов местного самоуправления, юридических и физических лиц, находящихся в положении обязанных по отношению к управомоченному индивиду. И в этом смысле юридическая обязанность как парная категория прав незаменима, не сводима к другому понятию, явлению, обладает собственной, только ей принадлежащей самостоятельной ценностью.

И еще одно важное замечание. С позиции человеческого измерения государство не порождает право, не является его непосредственным источником. Это не умаляет значения государства для права. Благодаря государству и связанной с ним позитивной составляющей, свобода и справедливость получают то, что не может им дать мораль или иной социальный регулятор, а именно: внешнюю объективированность, закреплённость в официальных источниках, ту или иную степень определенности в возможностях выбора дозволенного поведения, прогнозируемость с учетом места и времени развития (введение новых прав и свобод, устранение пробелов, противоречий и т. д.), гарантированность обретения и осуществления прав и свобод, исполнения и соблюдения обязанностей. В то же время чисто формальное использование нормативного способа регулирования, судопроизводства, юстиции, процессуальных институтов и т. п. юридических средств недопустимо.

В статье обозначены лишь ключевые теоретические положения, нуждающиеся в переосмыслении под углом зрения естественно-позитивного пра-

ва. В ходе дальнейших исследований неизбежно потребуются выявить и осветить иные проблемы, вытекающие из них (ключевых) либо связанные с ними. Иначе говоря, тема человека, его прав и свобод в различных своих проявлениях должна стать лейтмотивом разработок в области общей теории права, отраслевых юридических

наук. Это позволит наметить новые перспективы в изучении личностной и социальной ценности права, создать идейные основы, приближающие идеальную ситуацию, для которой характерны правовое государство, правовое гражданское общество, правовая активность граждан.

Шафиров В. М. Человекоцентристский подход к пониманию права

Аннотация. Исследуется сущность и содержание права, его внутренняя и внешняя форма исходя из нового подхода, основывающегося на интеграции различных концепций права. Доказывается, что обеспечение прав не может сводиться к государственному принуждению. В статье предлагается переосмыслить подходы к человеку, его правам и свободам под углом естественно-позитивного права.

Ключевые слова: права человека, право и свобода, естественно-позитивное право.

Shafirov V. Human-centered approach to understanding the law

Annotation. The essence and maintenance of the law, its internal and external form on the basis of a new approach, which is based on the integration of different concepts of law, is researched. Proved that ensuring the rights can not be confined to state coercion. The author proposes to rethink the approaches to the human rights and freedoms at an angle of natural-positive law.

Key words: human rights, the law and freedom, natural-positive law.

Редактирование *Ю. Виноградовой, И. Дзюбы, М. Горенко*
Компьютерная верстка *О. Карташовой*
Компьютерный набор и правка *Т. Полищук*

Подп. к печати 18.02.2011. Формат 70х108/16. Бумага офсетная.
Офсетная печать. Усл. печ. л. 31,85. Уч. изд. л. 28,97. Зак. 11-177.
Тираж 500.

Редакция юридического журнала «Право Украины»

Украина, 04107, г. Киев, ул. Багговутовская, 17–21
Свидетельство о государственной регистрации
печатного средства массовой информации
Серия KB № 17414-6184ПР от 08.02.2011 г.

Расчетный счет: 26008291844300 в АО «УкрСиббанк» МФО 351005

Телефоны:

+380 (44) 537-51-00 (*главный редактор*),
+380 (44) 537-51-10 (*ответственный секретарь*)

Факс:

+380 (44) 537-51-07

www.pravoua.com.ua

Переписка с читателями — только на страницах журнала.

*Ответственность за достоверность информации, содержащейся в печатных материалах,
несут авторы. Редакция не всегда разделяет авторскую точку зрения.*

Отпечатано в **ЗАО «ВИПОЛ»**

Украина, 03151, г. Киев, ул. Волынская, 60.

Свидетельство о внесении субъекта издательского дела
в Государственный реестр издателей, изготовителей
и распространителей издательской продукции

Серия ДК № 752 от 27.12.2001 г.