ГОСУДАРСТВО И ПРАВО В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ: ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ИСТОРИИ

Универсальное в национальном и международном праве

ЕРШОВ Валентин Валентинович, ректор Российского государственного университета правосудия, академик РАЕН, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, заслуженный деятель науки Российской Федерации

117418, Россия, г. Москва, ул. Новочеремушкинская, 69

E-mail: evv@rsuj.ru

Автором исследованы отдельные универсальные свойства и проблемы национального и международного права. В то же время подчеркивается, что это не исключает наличия специфических свойств и проблем национального и международного права.

В статье выделены такие универсальные свойства и проблемы национального и международного права, как типы правовопонимания, право и неправое, правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений как парные категории, дифференциация правового и индивидуального регулирования общественных отношений, источники и формы права, верховенство права и правовое государство, пробелы в праве, принципы права, конкретизация права, определенность права, право и правосудие как парные категории.

Автором сделан общий вывод: право прежде всего выражается в принципах и нормах права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве, а не только в нормах права, установленных в «законодательстве», либо в различных «системах источников права».

Ключевые слова: универсальное в праве, типы правовопонимания, право и неправое, правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений, источники и формы права, верховенство права, правовое государство, пробелы в праве, принципы права, конкретизация права, определенность права, право и правосудие как парные правовые категории.

Universal in National and International Law

V. V. ERSHOV, rector of the Russian State University of Justice, academician of the Russian Academy of Natural Sciences, doctor of legal sciences, professor, honored lawyer of the Russian Federation, honored scientist of the Russian Federation

69, Novocheremushkinskaya st., Moscow, Russia, 117418

E-mail: evv@rsuj.ru

The author analyzes particular universal properties and problems of national and international law. At the same time, the article emphasizes that the universal properties and problems of national and international law do not exclude specific properties as well as problems of national and international law.

The following universal properties and problems of national and international law are singled out in the article: types of legal understanding, law and non-law, legal and individual regulation of social relations as paired categories, differentiation of legal and individual regulation of social relations, sources and forms of law, rule of law and legal state, gaps in law, the principles of law, the concretisation of law, the certainty of law, law and justice as paired categories.

The general conclusion made in the article is that law is first of all expressed in the principles and norms of law contained in a single, developing and multilevel system of forms of national and (or) international law implemented in the state, and not only in the norms of law established in "legislation" or in various "systems of sources of law".

Keywords: universal in law, types of understanding of law, law and non-law, legal and individual regulation of social relationship, sources and forms of law, rule of law, legal state, gaps in law, principles of law, concretisation of law, certainty of law, law and justice as paired categories.

DOI: 10.12737/art_2018_7_4

Как международное, так и национальное право со всеми объективно существующими специфическими особенностями имеет и универсальные свойства. В связи с этим весьма характерной представляется тема седьмого Международного конгресса сравнительного правоведения «Национальное и универсальное в праве: от традиции к постмодернизму», проведенного 1—2 декабря 2017 г. в Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, на котором мною был сделан доклад на тему «Специфическое и универсальное: теоретические и практические проблемы национального и международного права». В данной статье хотелось бы остановиться только на отдельных и наиболее дискутируемых в специальной литературе универсальных свойствах и проблемах как национального, так и международного права.

Первая универсальная проблема национального и международного права — актуальные типы правопонимания. Как представляется, «действительный», «действующий» тип правопонимания, выражаясь языком Гегеля, является эффективным методологическим средством не только продуктивного теоретического исследования правовых явлений, выявления их сущности, объективных признаков и т. д., но и практического разрешения многочисленных проблем, возникающих в правоприменительной практике, например, преодоления коллизий и пробелов в национальных правовых актах.

Думаю, в мире в целом, в том числе в России, преобладают два типа правопонимания: юридический позитивизм и интегративное правопонимание. Юридический позитивизм ограничивает практически

«все» право нормами права, содержащимися в «законодательстве», а точнее, в национальных (внутригосударственных) правовых актах, принятых представительными и (или) исполнительными органами государственной власти. В некоторых государствах к праву относят «судебные прецеденты», вырабатываемые также органами государственной власти — судами. В связи с этим возможно сделать вывод: юридический позитивизм в большей степени «сводит» «все» право только к нормам права, установленным представительными, исполнительными и (в некоторых государствах) судебными органами государственной власти, т. е. внутреннему праву. Дж. Остин — один из первых разработчиков теории юридического позитивизма в XIX в. считал, что право ограничивается лишь «позитивным» правом, т. е. правом, установленным человеческими властями. Вслед за ним многочисленные научные и практические работники пришли к выводу: позитивное право — это только приказ суверена. При таком теоретическом подходе право с позиции юридического позитивизма в настоящее время — это закрытая система права, образованная прежде всего нормами права, содержащимися в национальных правовых актах, принятых органами государственной власти.

В XXI в. в мире происходят объективные процессы глобализации, которые не могут не затрагивать и Россию. Поэтому современные научные исследователи не могут не учитывать происходящие интеграционные процессы, в том числе связанные с синтезом различных социальных, в частности и правовых, национальных и международных регуляторов общественных отношений. Во-первых, в соответствии с научно обос-

нованной концепцией интегративного правопонимания синтезируются прежде всего принципы и нормы только права, содержащиеся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права. Систему права образуют подсистемы национального и международного права, состоящие из ее элементов — форм права, в том числе основополагающих (общих) принципов национального права, национальных правовых актов, правовых договоров и обычаев права; основополагающих (общих) принципов международного права, международных договоров и обычаев международного права. Следовательно, согласно научно обоснованной концепции интегративного правопонимания теоретически обоснованно в единой системе права происходит синтезирование только онтологически однородных правовых явлений, прежде всего принципов и норм права. Поэтому правомерен вывод В. Н. Корнева: научно обоснованное интегративное правопонимание «...позволяет преодолеть объективно ограниченный эвристический потенциал правового позитивизма»¹.

Во-вторых, нельзя не отметить широкое распространение научно-дискуссионных концепций интегративного правопонимания, спорно объединяющих в единой системе права как правовые, так и иные социальные явления, право и неправо, в том числе право и «судебные прецеденты», право и индивидуальные (частные) договоры и т. д. Например, А. С. Яценко с позиции одной из разновидностей дискуссионной концепции интегративного правопонимания предложил следующее интегративное (синтетическое) понятие права: «Право есть совокупность действующих в обществе, вследствие коллективно-пси-

хического переживания членами общества и принудительного осуществления органами власти, норм поведения, устанавливающих равновесие между интересами личной свободы и общественного блага. Право основу свою имеет как в природе человека и общества, непрерывно соединенных в одну общую жизнь, так и в высшем нравственном принципе, по которому высшая нравственная задача — создание совершенного общезжития... должен достигаться через последовательную историческую работу (курсив мой. — В. Е.)»².

Возможно привести и другие примеры. Так, Г. Харт в 1961 г. опубликовал исследование «Понятие права»³, которое многие научные работники называют главным произведением философии права в XX в. Г. Харт в работе «Понятие права» в отличие от Дж. Остина выработал концепцию не «закрытой», а «открытой» системы права, характеризующейся, по его мнению, синтезом собственно права и индивидуальных судебных актов. В свою очередь Р. Дворкин — ученик и наиболее активный оппонент Г. Харта в работе «О правах всерьез»⁴ сделал попытку теоретического компромисса между юридическим позитивизмом и естественно-правовой доктриной, сущность которой сводится к своеобразному «измерению» права справедливостью.

Наконец, в 2017 г. М. М. Панарина подготовила диссертацию на соискание ученой степени кандидата юридических наук на тему «Негосударственное регулирование торговой деятельности: унифицированные правила, обычаи и своды лучших практик (курсив мой. —

¹ Корнев В. Н. Теория, проверенная практикой // Российское правосудие. 2018. № 1. С. 108.

² Яценко А. С. Теория федерализма: опыт синтетической теории права и государства. Юрьев, 1912. С. 183.

³ См.: Харт Г. Понятие права. Пер. с англ. СПб., 2007.

⁴ См.: Дворкин Р. О правах всерьез. М., 2004.

В. Е.)»⁵. Автор пришла к удивительному выводу: «...торговое право в объективном смысле представляет собой систему общеобязательных, формально-определенных правил поведения, регулирующих торговую деятельность, содержащихся в двух подсистемах: легитимированных государством; имеющих иную социальную легитимацию (например, разработанные профессиональным сообществом коммерсантов и ученых-коммерциалистов (курсив мой. — В. Е.)»⁶.

Как представляется, сущность данных и многочисленных иных дискуссионных концепций интегративного правопонимания сводится к синтезированию онтологических разнородных и весьма неопределенных социальных явлений, права и неправа. Реализация подобных концепций на практике приводит к образованию неопределенного права и судебной практики, бесконечным отменам судебных актов и увеличению сроков рассмотрения споров в судах. А главное — к нарушению прав и правовых интересов физических и юридических лиц.

Вторая универсальная проблема национального и международного права — право и неправое (*unrecht* — Гегель). Категорию «неправо» глубоко и активно изучал Гегель, отметивший: «...отрицание и есть неправое... право переходит в неправое в видимость — в противопоставление друг другу права в себе и особой воли, в которой право в себе становится особым правом»⁷. Следовательно, неправое становится «видимостью» права, «особенным» правом, «квазиправом», существенно отличающимся от

действительного права. «В неправое, — подчеркивал Гегель, — явление движется к видимости. Видимость есть наличное бытие, несоответственное сущности, пустое отделение и положенность сущности (курсив мой. — В. Е.)»⁸. По убедительному выводу В. А. Багина, «...Г. В. Гегель активно использовал категорию неправое, обозначив ею особенную волю, демонстрирующую произвол и отдельность индивида от всеобщей воли и всеобщего права (курсив мой. — В. Е.)»⁹. При таком философском понимании категории неправа, полагая, возможно сделать следующий вывод: неправое является видимостью права, демонстрирует произвол, отдельность и субъективизм отдельных правотворческих, исполнительных и судебных органов¹⁰.

Неправо фактически размывает действительное право, становится видимостью права, «квазиправом», «мягким» правом, существенно отличающимся от объективного, действительного права, повышает степень неопределенности действующего права. Неправо есть «неистинное» право и поэтому должно постепенно исчезать. В процессе этого исчезновения право «очистится» от неправа, проявит свои объективно присущие ему сущностные признаки, отличные от специфических признаков неправа. Неправо есть «видимость» права, дискуссионно позиционирующее себя как самостоятельная разновидность права. Неправо в отличие от действительного права — это, на мой взгляд, многочисленные иные социальные регуляторы общественных отношений, например, справедливость, позиции судов, индивидуальные (част-

⁵ См.: Панарина М. М. Негосударственное регулирование торговой деятельности: унифицированные правила, обычаи и своды лучших практик: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2017.

⁶ Там же. С. 7.

⁷ Гегель Г. В. Философия права. М., 1990. С. 137.

⁸ Гегель Г. В. Указ. соч. С. 138.

⁹ Багинин В. А. Неправо (негативное право) как категория и социальная реальность // Государство и право. 2001. № 5. С. 14.

¹⁰ Подробнее см.: Ершов В. В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений. М., 2018. С. 89—107.

ные) договоры, судебные «прецеденты» и в целом судебная практика.

«Действительное» («действующее», «объективное») право в процессе длительного очищения от неправа выходит укрепленным, в большей степени определенным, поскольку в результате данного процесса уточняются и дифференцируются объективные признаки права, не совпадающие с признаками неправа. Право становится более очищенным и определенным. Право, возвратившись из своего отрицания неправом, становится более определенным и продуктивным, очищенным от субъективизма правотворческих, исполнительных и судебных органов. Таким образом, происходит диалектический процесс развития права от права в меньшей степени определенного к праву в большей степени определенному, который продолжается бесконечно. «Окружающий нас мир, — гениально констатировал Н. Винер, — это мир процесса, а не окончательного, мертвого равновесия»¹¹.

Третье универсальное свойство национального и международного права — правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений как парные категории. Правовое регулирование общественных отношений является одним из наиболее эффективных социальных регуляторов. Вместе с тем правовое регулирование общественных отношений в силу его универсального и абстрактного характера, неизбежных ошибок управомоченных правотворческих, исполнительных и судебных органов, многообразия фактических отношений представляется объективно недостаточным регулятором конкретных отношений и с необходимостью должно дополняться их индивидуальным регулированием. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений — объективно существующие парные кате-

гории, которые должны найти необходимое закрепление в национальном и международном праве¹².

Индивидуальное регулирование общественных отношений, исходя из общенаучных выводов теории систем, теории информации и теории управления, следует рассматривать как один из видов реализации на практике принципа обратной связи, дополнительного саморегулирования сложившихся правоотношений; момент самодвижения, присущий всей материи, объективно необходимое средство организации системы органов государственной власти, безусловно, в рамках (пределах), установленных прежде всего принципами и нормами права, содержащимися в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве.

Термин «категории» в философии — это наиболее общее понятие, отражающее существенные, всеобщие свойства, закономерные связи и отношения явлений действительности и познания¹³. В. В. Нырков подчеркивал: «Построенная методом восхождения от абстрактного к конкретному общая теория права как целостная система должна представлять собой в результате совокупность диалектических пар — противоположных понятий, приведенных в состояние органического взаимодействия, взаимосвязи...»¹⁴. При таком общенаучном и теоретическом подходе представляется не только научно обоснованным, но и практически необходимым не са-

¹² Подробнее см.: *Ершов В. В.* Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений как парные категории // *Российское правосудие.* 2013. № 4. С. 4—23.

¹³ См., например: *Новейший философский словарь.* Минск, 2001. С. 481.

¹⁴ *Нырков В. В.* Роль парных юридических категорий в процессе восхождения от абстрактного к конкретному // *Право и политика.* 2003. № 2. С. 19.

¹¹ *Винер Н. Я* — математик. М., 1967. С. 314.

мостоятельное исследование лишь правового либо только индивидуального регулирования общественных отношений, а их совместный анализ как с объективной необходимостью взаимосвязанных и взаимодействующих диалектических пар.

Четвертое универсальное свойство национального и международного права — дифференциация правового и индивидуального регулирования общественных отношений. Как представляется, правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений недостаточно исследовать только как парные категории, взаимосвязанные и взаимодействующие диалектические пары. Убежден: необходимо анализировать также и объективно существующие процессы дифференциации правового и индивидуального регулирования общественных отношений. В нашей стране изучение данных теоретических и практических проблем имеет весьма непростую и чрезвычайно противоречивую историю.

Так, С. С. Алексеев в работе «Механизм правового регулирования в социалистическом государстве» в 1966 г. отождествлял правовое регулирование общественных отношений с *«механизмом, включающим в себя всю совокупность юридических средств»* (курсив мой. — В. Е.)¹⁵. В дальнейшем С. С. Алексеев уточнил свою точку зрения: «Правовое регулирование — это осуществляемое при помощи системы правовых средств (юридических норм, правоотношений, *индивидуальных предписаний и др.*) (курсив мой. — В. Е.) результативное нормативно-организационное воздействие на общественные отношения...»¹⁶.

Полагаю, именно это спорное положение в нашей стране явилось ос-

новой теоретически дискуссионного синтеза правового и индивидуального регулирования общественных отношений. Эту неопределенность в теории пытался преодолеть, например, В. М. Горшенев, утверждая, что общее нормативное регулирование дополняется индивидуальным (ненормативным) регулированием¹⁷. Эта позиция представляется более убедительной. К сожалению, возобладала точка зрения С. С. Алексеева, и именно она была отражена в признанной и широко распространенной в СССР работе «Марксистско-ленинская общая теория государства и права», в которой, в частности, подчеркивалось, что компетентный орган осуществляет индивидуальное регулирование общественных отношений, которое носит поднормативный характер¹⁸. Следовательно, «нормативное» и «индивидуальное» регулирование общественных отношений в необходимой степени не разграничивалось, а, по сути, теоретически спорно синтезировалось. Кроме того, «все» право с позиции юридического позитивизма практически сводилось к нормам права, установленным в «законодательстве», а точнее, в национальных правовых актах.

В конце XX — начале XXI в. в развитие взглядов С. С. Алексеева о «совокупности правовых средств» началось активное введение в научный оборот понятия «индивидуальное правовое регулирование»¹⁹. Например, Ф. Н. Фаткуллин признавал правовым регулированием две области правовой действительности — полностью правотворческую

¹⁷ См.: Горшенев В. М. Понятие метода правового регулирования и его разновидности // Сборник научных трудов. Вып. 5. Свердловск, 1966. С. 388—415.

¹⁸ См.: Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Социалистическое право. М., 1973. С. 102.

¹⁹ См., например: Алексеев С. С. Теория права. С. 34—35; Черданцев А. Ф. Теория государства и права. М., 2003. С. 309—310.

¹⁵ Алексеев С. С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. М., 1966. С. 5.

¹⁶ Алексеев С. С. Теория права. М., 1995. С. 202.

и частично правореализацию. Более того, он считал, что «индивидуально-правовое регулирование» не исчерпывается правоприменением, оно шире и богаче может проявляться в области правотворчества²⁰.

С. Г. Красноярский уже в конце XX в. был убежденным сторонником «индивидуального правового регулирования», определяя его как осуществляемый на стадии реализации юридических норм вид правомерной деятельности субъектов права, направленный на упорядочение общественных отношений путем конкретизации масштабов поведения их персональных участников²¹.

К приверженцам «индивидуального правового регулирования» в начале XXI в. также возможно отнести И. А. Минникеса, который дал ему следующее определение: «...Индивидуальное правовое регулирование является самостоятельным видом правового регулирования и представляет собой правовое воздействие на общественные отношения, связанное с установлением, изменением или прекращением юридических прав и обязанностей их участников в индивидуальном порядке...»²².

Понятие «индивидуальное правовое регулирование» представляется, на мой взгляд, по меньшей мере дискуссионным. Во-первых, здесь не разграничены различные и самостоятельные виды регулирования общественных отношений — правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений, имеющие различную природу

и сущность. Правовое регулирование общественных отношений с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания прежде всего основывается на принципах и нормах права, содержащихся в единой, многоуровневой и развивающейся системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве. Индивидуальное же (в том числе индивидуальное судебное) регулирование на основе и в пределах имеющихся принципов и норм национального и (или) международного права позволяет (например, судам) учитывать конкретные фактические обстоятельства²³.

Пятая универсальная проблема национального и международного права — источники и формы права. В соответствии с историческим толкованием понятие «источник права» применялось как то, из чего происходит, возникает что-нибудь, как основа происхождения чего-нибудь. Так, Дж. Остин в работе “The Providence of Jurisprudence Determined” 1832 г. правом называл приказ суверена. В связи с этим источником права признавалась воля суверена — государя, выражавшаяся в форме законов, указов и т. д. Языковое толкование понятия «источник права» дают фундаментальные российские толковые словари. Например, С. И. Ожегов понятие «источник права» разъяснял следующим образом: то, что дает начало чему-нибудь, откуда что-либо исходит²⁴.

Историческое и языковое толкование понятия «источник права» большинству известных дореволюционных научных работников позволяло аргументированно разграничивать понятия «источ-

²⁰ См.: *Фаткуллин Ф. Н.* Проблемы теории государства и права. Казань, 1987. С. 137.

²¹ См.: *Красноярский С. Г.* Индивидуальное правовое регулирование в советском обществе: вопросы теории и практики: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1990. С. 8—10.

²² *Минникес И. А.* Индивидуальное правовое регулирование: понятие, правотворческая деятельность, правовые акты. Иркутск, 2009. С. 19.

²³ Подробнее см.: *Ершов В. В.* Индивидуальное правовое регулирование? Саморегулирование? // Российское правосудие. 2013. № 10. С. 5—14.

²⁴ См.: *Ожегов С. И.* Толковый словарь русского языка. М., 1973. С. 237.

ники права» и «формы права». Например, Г. Ф. Шершеневич в начале XX в. предлагал заменить традиционное (к сожалению, и в XXI в.) использование понятия «источник права» на понятие «формы права». Ученый убедительно писал: «Различные формы, в которых выражается право, носят... название источников права»²⁵. Другой известный дореволюционный ученый-правовед Н. М. Коркунов еще в XIX в. также пришел к аналогичному выводу: «Источники права — это формы объективирования юридических норм»²⁶.

В советский период дискуссия о понятиях «источники права» и «формы права» была продолжена. Так, С. Ф. Кечекьян — один из первых советских научных работников, специально изучавших понятие «источники права», сформулировал такое заключение: под источником права следует понимать специфическую («особую») «форму» (курсив мой. — В. Е.) изъявления воли и придания ей значения общеобязательной нормы²⁷. А. Ф. Шебанов, будучи убежденным и последовательным сторонником применения понятия «формы права», подчеркивал: «Применение термина “формы права” в формальном смысле более оправданно потому, что... не соответствует общепринятому в русском языке понятию слова “источник” как силы, причины, создающей данное явление»²⁸.

В 80—90-х гг. XX в., к сожалению, большинство научных и практических работников без достаточно убедительных правовых, истори-

ческих, языковых и иных аргументов по существу внешние формы национального и международного права начали именовать «источниками права». Например, С. С. Алексеев писал, что источники права — это исходящие от государства или признаваемые им официально документальные способы выражения и закрепления норм права, придания им юридического, общепризнанного значения²⁹. Такое отождествление понятий «источники права» и «формы права» было довольно распространенным³⁰. Как заметил М. Н. Марченко, «во избежание недопонимания в подобных случаях при рассмотрении формы права после написания “формы права”, как правило, в скобках, *в виде констатации тождественности и равнозначности искомых терминов следует термин “источник права”* (курсив мой. — В. Е.)»³¹. М. Н. Байтин «под формой (источником) права» понимал «определенные способы (приемы, средства) выражения государственной воли общества»³².

В то же время значительное число советских и российских научных работников все-таки считают необходимым разграничивать понятия «источники права» и «формы права». Так, последовательным и ярким сторонником их дифференциации являлся Д. А. Керимов. Еще в 1972 г. он утверждал: «“Форма права” характеризуется не только внутренней структурной организацией, но и разнообразием внешнего выражения... Внешняя форма правовой нормы — это выражение вовне внутренне ор-

²⁵ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Философия права. Часть теоретическая: в 2 т. Рига, 1924. Т. 1. С. 368.

²⁶ Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. СПб., 1897. С. 288.

²⁷ См.: Кечекьян С. Ф. О понятии источника права // Учен. зап. МГУ. Вып. 116. М., 1946. Кн. 2. С. 4.

²⁸ Шебанов А. Ф. Формы советского права. М., 1968. С. 42.

²⁹ См.: Алексеев С. С. Право: азбука — теория — философия: опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 76.

³⁰ См., например: Малько А. В. Краткий юридический словарь. М., 2007. С. 75.

³¹ Марченко М. Н. Источники права. М., 2005. С. 55.

³² Байтин М. Н. Сущность права. Современное нормативное правопонимание на грани двух веков. Саратов, 2001. С. 67.

ганизованного содержания ее»³³. Показательно, что в изданной в 2003 г. работе Д. А. Керимов вообще не использовал понятие «источники права», акцентировал внимание на содержании и формах права³⁴.

На мой взгляд, с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания необходимо дифференцировать понятия «источники права» и «формы права». Источники не только норм, но и принципов как национального, так и международного права — это их начала, то, из чего они возникают. Так, источником национальных правовых актов является деятельность правотворческих и исполнительных органов, а международных договоров — соглашения государств, международных организаций — уполномоченных субъектов международного права и т. д. В то же время национальное и международное право выражается в формах, например, как международных, так и национальных правовых договоров, обычаев права и основополагающих (общих) принципов права. Убежден: такой вывод также подтверждает наличие универсальных свойств национального и международного права³⁵.

Шестая универсальная проблема национального и международного права — верховенство права и правовое государство. Термины «верховенство права» и «правовое государство» содержатся в бесчисленных международных документах, включающих, как правило, их самые разнообразные и противоречивые признаки. Многие научные и практиче-

ские работники, используя понятия (термины) «верховенство права» и «правовое государство», нередко не анализируют их природу. «...В ряде случаев, — как справедливо полагает В. А. Виноградов, — это всего лишь “правовая мимикрия”, когда копируется лишь внешняя форма, при этом содержание остается свое собственное»³⁶.

Весьма характерным представляется вывод Б. Леони, связывавшего верховенство права с «неким идеалом, без сомнения берущим начало от идеи свободы личности, понимаемой как свобода от неправомерного произвольного посягательства на права личности кого бы то ни было, включая представителей власти»³⁷. По мнению О. Х. Филлипса, «исторически эта фраза (верховенство права. — В. Е.) использовалась в отношении веры в существование закона, обладающего властью — божественной или естественной — выше власти земных правителей, т. е. закона, эту их власть ограничивающего»³⁸.

А. В. Дайси в 1885 г. применил понятие «верховенство права» для установления ограничений, налагаемых на британское правительство. «Верховенство права, — писал он, — по сей день остается отличительной особенностью английской конституции. В Англии никто не может нести наказание или возмещать убытки за любые свои деяния, если те не запрещены законом в явной форме. Законные права и от-

³³ Керимов Д. А. *Философские проблемы права*. М., 1972. С. 222, 226.

³⁴ См.: Керимов Д. А. *Методология права*. Предмет, функции, проблемы философии права. М., 2003. С. 166—179.

³⁵ Подробнее см.: Ершов В. В. *Источники и формы права. Основополагающие (общие) принципы права* // Теория государства и права: учеб. пособие / под ред. В. Н. Корнева. М., 2013. С. 246—260.

³⁶ Виноградов В. А. *Правовое государство и верховенство права: доктрины, конкуренция юрисдикций, обеспечение правовой свободы*. Позиции Конституционного Суда РФ в отношении правового государства // Доктрины правового государства и верховенство права в современном мире: сб. ст. / отв. ред. В. Д. Зорькин, П. Д. Баренбойм. М., 2013. С. 375.

³⁷ См.: Leoni B. *Freedom and the Law*. Los Angeles, 1972. P. 76.

³⁸ См.: Phillips O. H., Jackson P. *Constitutional and Administrative Law*. L., 1987. P. 37.

ветственность каждого гражданина неизменно определяются обычными судами королевства, а права каждого человека в гораздо меньшей степени представляют собой результат действия нашей конституции, чем той основы, на которой Конституция базируется»³⁹. Развивая в дальнейшем свою точку зрения, автор подчеркивал: «Движение правового позитивизма, разработанное Дж. Бен-тамом, Дж. Остином и другими, согласно которому право определяется государством, является по сути своей инструменталистским и никак не согласуется с концепцией верховенства права»⁴⁰.

Таким образом, в своем практическом воплощении британская концепция верховенства права прежде всего основывалась на судебском праве, т. е. также, по сути, на юридическом позитивизме, поскольку суды, вырабатывающие «судебные прецеденты», являются органами государственной власти. Кроме того, британская концепция верховенства права сводилась к ограничению только исполнительной власти, оставляла открытым вопрос: кто и как именно может ограничивать органы представительной и судебной власти? Британская концепция верховенства права также не отвечает на вопросы о формах национального и (или) международного права, реализуемых в Англии, и о разграничении права и неправа.

Отцы-основатели США попытались разрешить некоторые из поставленных вопросов, создав систему органов государственной власти, в которой установлено разделение власти как по «вертикали», так и по «горизонтали». Вместе с тем американский вариант верховенства права, как и английский вариант, не дают теоретически убедительных, практически реализуемых отве-

тов на многие неизбежные вопросы. Например, что же является правом? Закон? Судебная практика? Не-что иное?

Так, Р. Паунд — один из наиболее известных американских юристов середины XX в. — пытался ответить на эти вопросы: «Статуты уступают перед устоявшимися навыками правового мышления, которое мы называем общим правом...»⁴¹. Судья Верховного суда США О. В. Холмс также пришел к дискуссионному выводу: вопросы Конституции должны рассматриваться «в свете нашего опыта, а не только в контексте того, что было сказано сто лет назад»⁴².

На мой взгляд, такой подход к праву характеризуется интеграцией как права, так и иных социальных явлений, в том числе «навыков правового мышления» и «опыта». Убежден: интегрирование права и неправа в результате не может не привести к неопределенному праву и судебной практике, противоречивым судебным актам. Следовательно, в результате — к нарушению прав и правовых интересов физических и юридических лиц.

Таким образом, концепция верховенства права, основанная только на ограничении деспотизма и произвола лишь исполнительной власти, разработанная А. Дайси, требует дальнейшего и глубокого развития. В отличие от права времен А. Дайси, закрепленного прежде всего в статутах и судебных прецедентах, современное право стало более разработанным, многообразным и сложным. Поэтому вновь возникает вопрос: в настоящее время с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания верховенство права — это верховенство чего и над чем? Думаю, концепция верховенства права, основанная на научно дискуссионной концепции интегративного правопо-

³⁹ Dicey A. V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. 1915. (Liberty classics. 1982).

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Цит. по: Carr R. R. The Supreme Court and Judicial Review. N. Y., 1940. P. 17.

⁴² Compers V. U. S. 233. U. S. 604—610 (1913).

нимания, на этот вопрос не отвечает. Более того, с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания верховенство права, полагаю, более обоснованно рассматривать как плодотворную научную концепцию, но в рамках более универсальной концепции правового государства⁴³.

Множество зарубежных, советских и российских авторов несколько веков в той или иной степени затрагивали проблемы, связанные с правовым государством. Например, Н. Е. Недзель справедливо заметил: в конце XIX — начале XX в. термин “*Rechtsstaat*” стал настолько эластичным, что временами рассматривался как «волшебный ящик», откуда умелый юрист, словно цирковой фокусник, мог извлечь любой правовой принцип или требование, необходимые государству. Некоторые юристы, не стесняясь, квалифицировали гитлеровский Третий рейх как образцовое *Rechtsstaat*⁴⁴.

Как представляется, концепции правового государства, предлагаемые специалистами, можно подразделять на концепции, разработанные на основе юридического позитивизма, научно дискуссионные и разнообразные концепции интегративного правопонимания, синтезирующие право и неправое, а также научно обоснованную концепцию интегративного правопонимания. С позиции последней право «вырабатывается» как во «внутреннем», так и во «внешнем» праве, а теоретически точнее выражается в принципах и нормах права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм как национального, так и междуна-

родного права, реализуемых в государстве⁴⁵.

Седьмая универсальная проблема национального и международного права — пробелы в праве — является одной из наиболее дискутируемых в специальной литературе. В зависимости от того или иного типа правопонимания научные работники занимают противоречивые и самые крайние позиции. Действующие национальные кодексы, думаю, также дают весьма дискуссионные ответы на эту важнейшую проблему. Например, согласно п. 2 ст. 6 ГК РФ «при невозможности использования аналогии закона права и обязанности сторон определяются исходя из *общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости* (курсив мой. — В. Е.)».

Как представляется, п. 2 ст. 6 ГК РФ теоретически спорно сформулирован одновременно как с позиции юридического позитивизма, так и с позиции теоретически дискуссионной концепции интегративного правопонимания. Во-первых, почему «*аналогия права* (курсив мой. — В. Е.)» с позиции юридического позитивизма ограничена общими началами и смыслом только «*гражданского законодательства* (курсив мой. — В. Е.)»? Во-вторых, уже с позиции научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания в п. 2 ст. 6 ГК РФ установлено: при невозможности использования аналогии закона права и обязанности сторон могут определяться из «*...требований добросовестности, разумности и справедливости*», т. е. права и обязанности сторон могут определяться неправом?

В. В. Лазарев — один из наиболее известных российских специалистов, занимающихся проблемами пробелов в праве, думаю, также

⁴³ Подробнее см.: Ершов В. В. Верховенство права — концепция или доктрина? // Российское правосудие. 2014. № 6. С. 5—17.

⁴⁴ См.: Недзель Н. Е. Верховенство права или правовое государство: откуда мы пришли и куда мы идем // Доктрины правового государства и верховенства права в современном мире: сб. ст. С. 121.

⁴⁵ Подробнее см.: Ершов В. В. Правовое государство — концепция или доктрина? // Российское правосудие. 2015. № 1. С. 5—12.

с позиции юридического позитивизма, писал: пробелом в праве «...является полное или частичное (неполнота) отсутствие норм, необходимость которых обусловлена развитием общественных отношений и потребностями практического решения дел, основными принципами советского законодательства, норм, в отношении которых воля трудящихся достаточно ясно выражена в соответствующих государственных или общественных актах» (курсив мой. — В. Е.)⁴⁶. Однако, на мой взгляд, если имеются «основные принципы советского законодательства» и «воля трудящихся достаточно выражена в соответствующих государственных или общественных актах», пробела в праве нет, пробел в праве — мнимый.

Как представляется, с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания пробел в праве — это отсутствие не только норм права, но и принципов права и не исключительно лишь в «законодательстве» (точнее — в национальных правовых актах), а в целом в праве, в принципах и нормах права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и международного права, реализуемых в государстве⁴⁷.

Восьмая универсальная проблема национального и международного права — принципы права. В древние времена убедительно подчеркивали: «Принцип есть важнейшая часть всего». В философском смысле «принцип» — это теоретическое обобщение наиболее типичного, выражающего закономерности, положенное в основу чего-либо. Весьма характерно и гениальное выражение

Ф. Бэкона: «Принципы — первичные и наиболее простые элементы, из которых образовалось все остальное» (курсив мой. — В. Е.)⁴⁸. Продолжая эту мысль, Гегель убедительно подчеркнул: «Принцип есть... единое» (курсив мой. — В. Е.)⁴⁹. Думаю, перефразируя известное выражение Гельвеция, «знание принципов возмещает незнание некоторых фактов», возможно сделать другой теоретический и практический вывод: «знание», а точнее — реализация принципов права «возмещает» отсутствие норм права.

В то же время как дореволюционные и советские научные работники, так и российские исследователи традиционно и весьма неопределенно с позиции юридического позитивизма относили (и относят) принципы права к общей мысли, направлению, вложенному законодателем в ряд юридических норм⁵⁰, положениям⁵¹, началам и идеям⁵².

С позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, думаю, принципы как национального, так и международного права являются не «положениями», «началами» или «идеями», а эффективно действующими самостоятельными элементами права, правовыми средствами регулирования общественных отношений, содержащими

⁴⁸ Бэкон Ф. О принципах и началах. М., 1937. С. 22.

⁴⁹ Гегель Г. В. Ф. Наука логики. Соч.: в 3 т. 1970. Т. 1. С. 123.

⁵⁰ См., например: Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). М., 1995. С. 15.

⁵¹ См.: Александров Н. Г. Социалистические принципы советского права // Советское государство и право. 1957. № 11. С. 17.

⁵² См., например: Лукашова Е. А. Принципы социалистического права // Советское государство и право. 1970. № 6. С. 21; Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. М., 2002. С. 228; Лаврусь С. Ю. Реализация принципов права в юридической практике: дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2005. С. 199.

⁴⁶ Лазарев В. В. Избранные труды: в 3 т. М., 2010. Т. 2: Пробелы в законодательстве: установление, преодоление, устранение. С. 51.

⁴⁷ Подробнее см.: Ершов В. В. Пробелы в праве: правовая природа и способы преодоления // Российское правосудие. 2016. № 4. С. 5—12.

ся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм как национального, так и международного права, реализуемыми в государстве.

Дифференцируя принципы национального и международного права по сферам правового регулирования общественных отношений, возможно выделять основополагающие (общие) принципы национального и (или) международного права (*jus cogens*), реализуемые в государстве; специальные отраслевые и (или) межотраслевые национальные и (или) международные принципы права, реализуемые в государстве; специальные принципы отдельных институтов национального и (или) международного права, реализуемые в государстве.

Девятая универсальная проблема национального и международного права — конкретизация права. Прежде всего необходимо подчеркнуть: теоретически обоснованно дифференцировать конкретизацию и толкование права. Конкретизацию права, на мой взгляд, теоретически обоснованно рассматривать как объективный правотворческий процесс восхождения от абстрактного, менее определенного права, к праву, определенному в большей степени. При таком теоретическом подходе представляется дискуссионным вывод М. М. Панариной, полагающей, что *«право сообщества коммерсантов дополняет и конкретизирует законодательство...»* (курсив мой. — В. Е.)⁵³. Конкретизация права характеризуется выработкой управомоченными правотворческими органами более детальных, уточненных специальных принципов и норм права, имеющих меньшую юридическую силу, на основе принципов и норм права, содержащихся в формах национального и (или) международного права, имеющих большую юридическую силу.

В то же время толкование права является одним из видов инди-

видуального регулирования общественных отношений, в результате которого происходит уяснение имеющихся принципов и норм права для себя, а также разъяснение их для других в пределах принципов и норм права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве⁵⁴.

Десятая универсальная проблема национального и международного права — определенность права, характеризующая качество права. Право ничтожно, если оно неопределенно. Объективная потребность в непрерывном развитии права от меньшей степени определенности к большей степени его определенности обусловлена природой права как равного масштаба, равной меры свободы в пределах несвободы субъектов правоотношений, ограниченной принципами и нормами права, содержащимися в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемыми в государстве.

Думаю, теоретически обосновано, а практически необходимо введение в научный оборот национального и международного права правовой категории «определенность права» как категории «наиболее достоверной из всех», объективно характеризующей качественное состояние права, а не других социальных явлений, в том числе позволяющей разграничивать право и неправое.

С позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, как представляется, определенность права прежде всего достигается в результате конкретизации управомоченными правотворческими и исполнительными органами власти основополагающих (общих) принципов национального и (или)

⁵³ Панарина М. М. Указ. соч. С. 8.

⁵⁴ Подробнее см.: Ершов В. В. Конкретизация права // Российское правосудие. 2014. № 7. С. 5—16.

международного права (*jus cogens*), а также специальных национальных и (или) международных межотраслевых и (или) отраслевых принципов права, а не произвольной выработки норм права, например, в национальных правовых актах или в международных договорах. С позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания право неизбежно и непрерывно развивается от права меньшей степени определенности к праву большей степени определенности. В результате такого процесса обеспечиваются ожидаемость, стабильность и действительность права, правового регулирования общественных отношений, а также эффективность, определенность и ожидаемость судебных актов; своевременная, действительная и эффективная защита прав и правовых интересов физических и юридических лиц.

Одиннадцатая универсальная проблема национального и международного права — право и правосудие как парные правовые категории. Г. А. Жилин с позиции юридического позитивизма, например, предложил следующее определение «правосудия»: «Это деятельность судов общей и арбитражной юрисдикции по рассмотрению и разрешению отнесенных к их ведению гражданских дел, осуществляемая в соответствии с порядком, установленным нормами гражданского и арбитражного процессуального права (курсив мой. — В. Е.), и обеспечивающая защиту прав, свобод и законных интересов участников гражданского оборота»⁵⁵.

В то же время с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, принимая во внимание этимологию слов «право» и «суд», считаю теоретически обоснованным правовые категории «право» и «суд» рассматривать в ка-

честве парных правовых категорий. С одной стороны, с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания действительное правосудие должно основываться прежде всего на применении судами принципов и норм права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в России. С другой стороны, в процессах правосудия выявляются, например, коллизии и пробелы в национальных правовых актах, о которых необходимая информация судами может направляться по каналам обратной связи в уполномоченные правотворческие и (или) исполнительные органы.

К. Л. Томашевский в 2017 г. подготовил диссертацию на соискание ученой степени доктора юридических наук на тему «Системы источников (курсив мой. — В. Е.) трудового права государств — членов ЕАЭС: теория и практика»⁵⁶. Как представляется, проанализированные в статье универсальные свойства и проблемы как национального, так и международного права позволяют сделать другой вывод: право прежде всего выражается в принципах и нормах права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве, а не в «различных системах источников права». С целью же сохранения суверенитета, принимая во внимание конкретные политические, экономические и иные социальные обстоятельства, государства могут устанавливать соответствующее соотношение принципов и норм права, содержащихся в отдельных формах национального и (или) международного права, закрепляя его в конституциях и иных национальных правовых актах.

⁵⁵ Жилин Г. А. О понятии правосудия по гражданским делам // Российское правосудие. 2008. № 4. С. 20.

⁵⁶ Томашевский К. Л. Системы источников трудового права государств — членов ЕАЭС: теория и практика: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2017.

Библиографический список

- Carr R. R. The Supreme Court and Judicial Review. N. Y., 1940.
- Dicey A. V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. 1915. (Liberty classics. 1982).
- Leoni B. Freedom and the Law. Los Angeles, 1972.
- Phillips O. H., Jackson P. Constitutional and Administrative Law. L., 1987.
- Александров Н. Г. Социалистические принципы советского права // Советское государство и право 1957. № 11.
- Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. М., 2002.
- Алексеев С. С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. М., 1966.
- Алексеев С. С. Право: азбука — теория — философия: опыт комплексного исследования. М., 1999.
- Алексеев С. С. Теория права. М., 1995.
- Багинин В. А. Неправо (негативное право) как категория и социальная реальность // Государство и право. 2001. № 5.
- Байтин М. Н. Сущность права. Современное нормативное правопонимание на грани двух веков. Саратов, 2001.
- Бэкон Ф. О принципах и началах. М., 1937.
- Винер Н. Я — математик. М., 1967.
- Виноградов В. А. Правовое государство и верховенство права: доктрины, конкуренция юрисдикций, обеспечение правовой свободы. Позиции Конституционного Суда РФ в отношении правового государства // Доктрины правового государства и верховенство права в современном мире: сб. ст. / отв. ред. В. Д. Зорькин, П. Д. Баренбойм. М., 2013.
- Гегель Г. В. Философия права. М., 1990.
- Гегель Г. В. Ф. Наука логики. Соч.: в 3 т. 1970. Т. 1.
- Горшенев В. М. Понятие метода правового регулирования и его разновидности // Сборник научных трудов. Вып. 5. Свердловск, 1966.
- Дворкин Р. О правах всерьез. М., 2004.
- Ершов В. В. Верховенство права — концепция или доктрина? // Российское правосудие. 2014. № 6.
- Ершов В. В. Индивидуальное правовое регулирование? Саморегулирование? // Российское правосудие. 2013. № 10.
- Ершов В. В. Источники и формы права. Основопологающие (общие) принципы права // Теория государства и права: учеб. пособие / под ред. В. Н. Корнева. М., 2013.
- Ершов В. В. Конкретизация права // Российское правосудие. 2014. № 7.
- Ершов В. В. Правовое государство — концепция или доктрина? // Российское правосудие. 2015. № 1.
- Ершов В. В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений. М., 2018.
- Ершов В. В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений как парные категории // Российское правосудие. 2013. № 4.
- Ершов В. В. Пробелы в праве: правовая природа и способы преодоления // Российское правосудие. 2016. № 4.
- Жилин Г. А. О понятии правосудия по гражданским делам // Российское правосудие. 2008. № 4.
- Керимов Д. А. Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права. М., 2003.
- Керимов Д. А. Философские проблемы права. М., 1972.
- Кечекьян С. Ф. О понятии источника права // Учен. зап. МГУ. Вып. 116. М., 1946. Кн. 2.
- Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. СПб., 1897.
- Корнев В. Н. Теория, проверенная практикой // Российское правосудие. 2018. № 1.
- Краснояржукский С. Г. Индивидуальное правовое регулирование в советском обществе: вопросы теории и практики: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1990.

Лаврусь С. Ю. Реализация принципов права в юридической практике: дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2005.

Лазарев В. В. Избранные труды: в 3 т. М., 2010. Т. 2: Пробелы в законодательстве: установление, преодоление, устранение.

Лукашова Е. А. Принципы социалистического права // Советское государство и право. 1970. № 6.

Малько А. В. Краткий юридический словарь. М., 2007.

Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Социалистическое право. М., 1973.

Марченко М. Н. Источники права. М., 2005.

Минникес И. А. Индивидуальное правовое регулирование: понятие, правотворческая деятельность, правовые акты. Иркутск, 2009.

Недзель Н. Е. Верховенство права или правовое государство: откуда мы пришли и куда мы идем // Доктрины правового государства и верховенства права в современном мире: сб. ст. / отв. ред. В. Д. Зорькин, П. Д. Баренбойм. М., 2013.

Новейший философский словарь. Минск, 2001.

Нырков В. В. Роль парных юридических категорий в процессе восхождения от абстрактного к конкретному // Право и политика. 2003. № 2.

Ожегов С. И. Толковый словарь русского языка. М., 1973.

Панарина М. М. Негосударственное регулирование торговой деятельности: унифицированные правила, обычаи и своды лучших практик: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2017.

Томашевский К. Л. Системы источников трудового права государств — членов ЕАЭС: теория и практика: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2017.

Фаткуллин Ф. Н. Проблемы теории государства и права. Казань, 1987.

Харт Г. Понятие права. Пер. с англ. СПб., 2007.

Черданцев А. Ф. Теория государства и права. М., 2003.

Шебанов А. Ф. Формы советского права. М., 1968.

Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Философия права. Часть теоретическая: в 2 т. Рига, 1924. Т. 1.

Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). М., 1995.

Яценко А. С. Теория федерализма: опыт синтетической теории права и государства. Юрьев, 1912.