

Жан-Луи Бержель

# ОБЩАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА



NOTA BENE

Издание осуществлено в рамках программы  
«Пушкин» при поддержке Министерства  
иностраннных дел Франции  
и Посольства Франции в России

Ouvrage réalisé dans le cadre du programme d'aide  
à la publication «Pouchkine» avec le soutien  
du Ministère des Affaires Etrangères français  
et de l'Ambassade de France en Russie

# MÉTHODES DU DROIT

dirigé par Jean Carbonnier  
Professeur à la Faculté de droit  
et des sciences économiques de Paris II  
Doyen honoraire  
de la Faculté de droit de Poitiers

## THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT

Jean-Louis BERGEL  
Professeur à l'Université de droit,  
d'économie et des sciences d'Aix-Marseille

Deuxième édition

**DALLOZ**

1989

# СИСТЕМА ПРАВА

под руководством Жана Карбонье,  
профессора факультета права  
и экономических наук  
университета Париж II,  
почетного декана факультета права  
университета Пуатье

## ОБЩАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА

Жан-Луи Бержель  
профессор Университета права, экономики  
и общественных наук Экс-Марселя

Под общей редакцией  
В.И. Даниленко

**МОСКВА  
NOTA BENE  
2000**

ББК В(3)65.9(2)

Б 48

*Перевод с французского*

*Г. В. Чуришкова*

**Бержель Ж.-Л.**

Б 48 Общая теория права / Под. общ. ред. В.И. Даниленко / Пер. с фр. — М.: Издательский дом NOTA BENE 2000 — 576 с.

ISBN 5-8188-0022-9

Книга известного французского ученого довольно обширно представляет современные взгляды зарубежной юридической школы на общую теорию права. Автор подробно рассматривает все ее аспекты от юридической антропологии до отправления правосудия.

Эта интересная научная работа, выдержавшая на родине автора несколько изданий, может быть рекомендована широкому кругу читателей от студентов и преподавателей до практикующих юристов.

ISBN 5-8188-0022-9

© Jurisprudence Générale Dalloz, 1999

© Издательский дом NOTA BENE, 2000

© Г. В. Чуришков — перевод, 2000

# СОДЕРЖАНИЕ

<b>ВВЕДЕНИЕ</b> .....	12
• <b>Раздел 1</b>	
<b>Предмет общей теории права</b> .....	15
§ 1 Различие между общей теорией права и философией права.....	16
§ 2 Содержание общей теории права.....	20
• <b>Раздел 2</b>	
<b>Необходимость общей теории права</b> .....	25
§ 1 Концептуальная необходимость.....	26
§ 2 Практическая необходимость.....	33
<b>ЧАСТЬ ПЕРВАЯ</b>	
<b>ФЕНОМЕН ПРАВА</b> .....	33
<b>ОСНОВЫ ПРАВА</b> .....	34
<b>ГЛАВА 1</b>	
<b>ОПРЕДЕЛЕНИЕ ПРАВА</b> .....	35
• <b>Раздел 1</b>	
<b>Определение права по сути (по содержанию)</b> .....	38
§ 1 Юридическое мышление.....	40
А. Идеалистическая философия.....	41
Б. Позитивистские доктрины.....	47
а) Правовой (юридический) позитивизм и научный позитивизм.....	48
б) Научный позитивизм и социологический позитивизм.....	52
§ 2 Конечные цели права.....	56
А) Справедливость или польза.....	58
Б) Индивидуализм и коллективизм.....	66
а) Идеологический спор.....	67
б) Вопрос субъективных прав.....	70
• <b>Раздел 2</b>	
<b>Формальное определение права</b> .....	78
§ 1 Определение юридической нормы.....	79
А) Элементы, характерные для всего, что наделено силой.....	80
а) Понятие юридического предписания.....	80
б) Разнообразие предписаний.....	85
Б) Общие и абстрактные правила.....	87

§ 2	Специфика юридических правил	89
А)	Юридические правила и правила морали	90
Б)	Юридические и другие социальные правила	94
	Иллюстрация	96

## ГЛАВА 2

ИСТОЧНИКИ ПРАВА	97
-----------------	----

### • Раздел 1

Гетерогенность источников права	102
---------------------------------	-----

§ 1 Выбор источников	103
----------------------	-----

А) Правило, возникшее самопроизвольно (спонтанно), и правило, введенное путем предписания: социологический феномен	105
--	-----

Б) Легальное правило и правило преторианского типа: технический фактор	111
--	-----

§ 2 Понятие феномена права и юридическое документирование	118
---	-----

А) Классическая документация	120
------------------------------	-----

Б) Методы обработки юридической информации	123
--	-----

### • Раздел 2

Отношения между источниками права	128
-----------------------------------	-----

§ 1 Взаимодействие источников права	128
-------------------------------------	-----

А) Закон и традиции толкования	129
--------------------------------	-----

Б) Закон и судебная практика	135
------------------------------	-----

В) Закон на практике	140
----------------------	-----

§ 2 Родственный характер источников права	145
---	-----

А) Отношения на уровне природы	146
--------------------------------	-----

Б) Отношения на уровне функций	149
--------------------------------	-----

Иллюстрация	151
-------------	-----

## ГЛАВА 3

ОБЩИЕ ПРИНЦИПЫ ПРАВА	157
----------------------	-----

### • Раздел 1

Место общих принципов	
-----------------------	--

в иерархии правовых норм	160
--------------------------	-----

§ 1 Определение общих принципов права	163
---------------------------------------	-----

А) Источники общих принципов права	163
------------------------------------	-----

Б) Понятие общих принципов права	168
----------------------------------	-----

§ 2 Сфера распространения общих принципов права	171
---	-----

А) Принципы общие и фундаментальные	171
-------------------------------------	-----

Б) Место общих принципов в иерархии норм	175
--	-----

### • РАЗДЕЛ 2

Положение общих принципов в корпусе	
-------------------------------------	--

правовых норм	178
---------------	-----

§ 1 Функциональное значение принципов права	178
---	-----

А) Фундаментальная функция общих принципов	178
--	-----

Б) Техническая функция общих принципов	183
--	-----

§ 2 Материальная ценность общих принципов	186
---	-----

А) Разнообразие общих принципов права	187
---------------------------------------	-----

Б) Попытка классификации общих принципов	191
Иллюстрация	193

СРЕДА ПРАВА	194
-------------	-----

## ГЛАВА i

ПРАВО И ВРЕМЯ	195
---------------	-----

### • Раздел 1

Право во времени	198
------------------	-----

§ 1 Эволюция права во времени	199
-------------------------------	-----

А) Время как фактор эволюции	
------------------------------	--

и преемственности права	200
-------------------------	-----

Б) Польза сравнительно-исторического метода	209
---	-----

§ 2 Временной аспект проблемы	
-------------------------------	--

применения закона	213
-------------------	-----

А) Длительность применения закона	214
-----------------------------------	-----

Б) Отсутствие обратной силы закона	216
------------------------------------	-----

### • Раздел 2

Временной фактор в правовой системе	220
-------------------------------------	-----

§ 1 Разделы права, учитывающие временной фактор	220
---	-----

А) Подчинение времени	221
-----------------------	-----

а) Момент (времени)	221
---------------------	-----

б) Длительность	223
-----------------	-----

Б) Управление временем	226
------------------------	-----

§ 2 Юридические значения и юридические стратегии времени	229
--	-----

## ГЛАВА 2

ПРАВО И ПРОСТРАНСТВО	234
----------------------	-----

### • Раздел 1

Право в пространстве	236
----------------------	-----

§ 1 Относительность права	237
---------------------------	-----

А) Территориальный характер правовой системы	239
--	-----

Б) Крупные правовые системы и методология сравнительных	
---	--

юридических исследований	244
--------------------------	-----

§ 2 Согласование юридических систем	250
-------------------------------------	-----

А) Унификация законодательств	252
-------------------------------	-----

Б) Разрешение конфликта между законами и юрисдикциями	256
---	-----

### • Раздел 2

Пространство в правовой системе	259
---------------------------------	-----

§ 1 Локализация ситуации	260
--------------------------	-----

А) Локализация юридической ситуации в пространстве	
--	--

и имущественное право	260
-----------------------	-----

Б) Место юридической ситуации и процессуальное право	263
--	-----

§ 2 Дистанция и протяженность (охват)	265
---------------------------------------	-----

А) Познаваемое пространство	266
-----------------------------	-----

Б) Управление пространством	268
-----------------------------	-----

Иллюстрация	270
-------------	-----

<b>ГЛАВА3</b>	
<b>ПРАВО И СОЦИАЛЬНАЯ РЕАЛЬНОСТЬ</b>	273
• <b>Раздел 1</b>	
<b>Отношения между правом</b>	
<b>и социальной реальностью</b>	276
§ 1 Природные отношения	277
А) Природная связь	277
Б) Содержательная связь	284
§ 2 Родственные отношения	288
• <b>Раздел 2</b>	
<b>Юридическая социология</b>	293
§ 1 Предмет юридической социологии	295
А) Направление юридической социологии	298
Б) Польза юридической социологии	301
§ 2 Методы юридической социологии	304
Иллюстрация	305
 <b>ЧАСТЬ ВТОРАЯ</b>	
<b>ВНЕДРЕНИЕ ПРАВА</b>	309
 <b>ИНСТРУМЕНТЫ ПРАВА</b>	310
<b>ГЛАВА 1</b>	
<b>ЮРИДИЧЕСКИЕ ИНСТИТУТЫ</b>	311
• <b>Раздел 1</b>	
<b>Уникальное понятие института</b>	313
§ 1 Полезность юридических институтов	313
§ 2 Определение юридических институтов	317
§ 3 Специфика юридических институтов	323
• <b>Раздел 2</b>	
<b>Многообразная реальность</b>	328
§ 1 Институты-организмы	330
§ 2 Институты-механизмы	333
Иллюстрация	337
 <b>ГЛАВА2</b>	
<b>ЮРИДИЧЕСКИЕ КОНЦЕПТЫ</b>	
<b>И КАТЕГОРИИ</b>	338
• <b>Раздел 1</b>	
<b>Определение юридических концептов и категорий</b>	341
§ 1 Определение (дефиниция) концептов	342
А) Содержательный аспект определения концепта	342
Б) Формальный аспект дефиниции	351
§ 2 Определение категорий	355
А) Принятие юридических категорий	356

Б) Критерии определения категорий	361
• <b>Раздел 2</b>	
<b>Юридические категории и метод</b>	
<b>классификации</b>	366
§ 1 Свойства юридических категорий	366
А) Гибкость юридических категорий	366
Б) Типология классификаций	369
А) Кумулятивные и альтернативные категории	370
Б) Равноценные категории	
и иерархические категории	371
§ 2 Конъюнкция категорий и поиск	
юридического режима	373
А) Последствия множественности оценок	373
Б) Коррективы, вносимые в метод	
классификаций	377
Иллюстрация	380
 <b>ГЛАВА 3</b>	
<b>ЮРИДИЧЕСКИЙ ЯЗЫК</b>	385
• <b>Раздел 1</b>	
<b>Юридическая терминология</b>	388
§ 1 Особые функции юридического словаря	389
А) Качество юридического правила	389
Б) Трансляция юридического правила	392
§ 2 Своеобразие юридического словаря	394
А) Истоки юридического словаря	395
Б) Структура юридического словаря	398
• <b>Раздел 2</b>	
<b>Юридическая фразеология</b>	402
§ 1 Структура юридической фразы	403
А) Юридическое высказывание	403
Б) Юридическое значение	406
§ 2 Описание юридического стиля	410
А) Специфика предмета и специальный язык	410
Б) Внятность и разговорный язык	411
Иллюстрация	413
 <b>ПРИМЕНЕНИЕ ПРАВА</b>	416
<b>ГЛАВА 1</b>	
<b>БУКВА И ДУХ</b>	417
• <b>Раздел 1</b>	
<b>Буква и дух: принципы толкования законов</b>	420
§ 1 Толкование юридического правила	420
А) Экзегетический метод	424
Б) Критика экзегетического метода	428
В) Современные методы толкования	431

§ 2 Толкование юридических актов.....	433
А) Принцип субъективных методов толкования.....	434
Б) Возрождение объективных методов толкования.....	438
• Раздел 2	
<b>Буква и дух: принципы оценки действий.....</b>	<b>441</b>
§ 1 Нарушение права.....	442
§ 2 Мошенничество.....	447
Иллюстрация.....	451
 <b>ГЛАВА 2</b>	
<b>ЮРИДИЧЕСКИЕ СУЖДЕНИЯ.....</b>	<b>455</b>
• Раздел 1	
<b>Структура суждений.....</b>	<b>458</b>
§ 1 Общая типология суждений	
и юридическое суждение.....	460
А) Анализ и синтез, дедукция и индукция.....	461
Б) Формальная логика и диалектика.....	465
§ 2 Партикуляризм юридических суждений.....	475
А) Юридическая аргументация.....	475
Б) Смешанный характер юридических суждений.....	479
• Раздел 2	
<b>Выбор пропозиций.....</b>	<b>482</b>
§ 1 Философские пропозиции.....	482
А) Основополагающие пропозиции.....	483
Б) Диссоциация понятий.....	488
§ 2 Технические пропозиции.....	489
Иллюстрация.....	492
 <b>ГЛАВА 3</b>	
<b>ФАКТ (ДЕЯНИЕ) И ПРАВО.....</b>	<b>497</b>
• Раздел 1	
<b>Усвоение факта правом.....</b>	<b>499</b>
§ 1 Установление фактов (деяний).....	500
А) Предмет доказательства.....	503
Б) Прямое доказательство и презумпция.....	506
§ 2 Концептуализация фактов (деяний).....	510
А) Юридическое описание фактов (деяний).....	511
Б) Гибкость некоторых качественных характеристик.....	513
• Раздел 2	
<b>Ответ права на факты (деяния).....</b>	<b>516</b>
§ 1 Реакция позитивного права.....	516
А) Восприятие факта (деяния) правом.....	516
Б) Неприятие факта (деяния) правом.....	520
§ 2 Оценка судьи.....	524
Иллюстрация.....	527

<b>ГЛАВА 4</b>	
<b>СУДЬЯ И ПРОЦЕСС.....</b>	<b>529</b>
• Раздел 1	
<b>Судья.....</b>	<b>532</b>
§ 1 Роль судьи.....	532
А) Миссия судьи.....	534
Б) Судебные акты.....	539
§ 2 Общие <b>принципы</b> организации судебной системы.....	543
А) Компетенция юрисдикции.....	544
а) Компетенция вмененная и территориальная.....	544
б) Единство и двойственность судебной системы: общегражданские и административные суды.....	549
в) Контроль за конституционностью законов.....	550
Б) Иерархия юрисдикции и пути обжалования.....	553
В) Коллегиальность или единоличные судьи.....	557
• Раздел 2	
<b>Процесс.....</b>	<b>559</b>
§ 1 Общие черты процесса.....	559
§ 2 Общие принципы процесса.....	562
А) Принцип состязательности.....	563
Б) Принципы, касающиеся процедурных форм.....	564
Иллюстрация.....	568
 <b>Алфавитный указатель имен и терминов.....</b>	<b>571</b>

После появления на свет работ П. Рубье (1) попытка написать что-либо принципиально новое в сфере общей теории права может показаться самонадеянной. Действительно, приходится констатировать, что в течение последних двадцати лет в этом направлении не было предпринято ни одной такой попытки (2). И это в то время, когда многие юристы, загруженные рутинной работой, отвлекаемые сменяющимися инструкциями и предписаниями, заметно утратили интерес к фундаментальным принципам и методологическим аспектам права. Однако в идеале юрист — это дирижер, способный настроить на один лад все инструменты оркестра под названием "право". Обстоятельством, определяющим решение юридического вопроса, не может быть положение закона, стоящее особняком (примерно так обстоит дело в музыкальном оркестре с тембром звука, часто несовпадающим у разных инструментов); в части толкования, применения и приведения в исполнение такое решение должно определяться основными принципами, институтами, понятиями и техническими процедурами, составляющими общий юридический порядок. Правовед не имеет права быть ни простым клерком, обреченным на рабское и скрупулезное

(1) P. Roubier, *Théorie générale du droit* (1951); J. Dabin, *Théorie générale du droit* (T éd. 1951); J. Haesert, *Théorie générale du droit* (Bruxelles, 1951); C. du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit* (Delachaux et Niestlé, 6<sup>e</sup> éd. Neuchâtel); P. Pescatore, *Introduction à la science du droit* (Luxembourg, 1960, réimpression et mise à jour 1978); M. Virally, *La pensée juridique* (1960); Voir aussi H. Kelsen, *Théorie pure du Droit*, Trad. Ch. Eisenmann (1962).

(2) V<sup>o</sup> Cependant, M. Van Hoecke, «What is legal theory?», Leuven 1985.

следование всем пунктам существующего регламента, ни волшебником-недоучкой, бестолковость которого (в том числе нежелание видеть зависимость правового положения от определенного контекста) становится причиной нелогичных и непредвиденных событий.

Всеобъемлющая концепция права необходима для изучения существующих и разработки новых юридических норм; для введения этих норм в действие потребуются специальные методики. В эпоху сверхрегламентации законодательной сферы, педантичного дирижизма, перманентной технической революции, революции в сфере человеческих и социальных отношений и, что особенно важно, в эпоху, когда пробил час информатики, необходимо вспомнить, что для юриста лучше иметь "ум, основательно скроенный, чем ум, основательно заполненный" и что чистое знание, ради торжества которого естественная человеческая память была вытеснена искусственной памятью компьютера, ничего не стоит без общей концепции права, без надлежащей аргументации и системности. Итак, в нашем случае речь идет о том, чтобы выявить существенные элементы методологического плана, обеспечивающие разработку правовых норм, и докопаться до инструментария и аргументов, посредством которых происходит внедрение этих норм в практику.

Из всего вышесказанного становится ясно, что мы не можем претендовать ни на новаторство, ни на обретение окончательных истин, ни даже на то, чтобы исчерпывающим образом осветить имеющийся материал. Для этого не хватило бы и жизни. Другие, более квалифицированные специалисты уже пытались это сделать, но безуспешно. И все-таки, даже рискуя показаться чересчур дерзкими, мы предпочли приступить к выполнению трудной задачи, а не ретироваться из страха, что в результате продемонстрируем свое несовершенство. Метод, которому мы следуем в настоящей работе, претендует на то, чтобы называться чисто импрессионистским. Речь идет о том, чтобы, используя несколько относительно более значимых или менее извест-



ных сюжетов, путем последовательного нанесения мазков вызвать к жизни впечатления, из которых внимательный читатель должен будет самостоятельно составить свое собственное представление о предмете. Мы попытаемся продемонстрировать схемы неизменных моделей юридической системы, наполняемые требованиями и устремлениями, неодинаковыми у каждого общества; эти схемы были обусловлены эпохой, широтой охвата и выбором существующих идеологий и технологий. В ходе выполнения такой работы мы неизбежно будем обращаться к трудам прошлого, понимая, что нам не всегда удастся почерпнуть в них действительно ценные сведения, и осознавая масштабы имеющихся здесь пустот. В конце каждой главы мы попытаемся оживить общую теоретическую канву изложения *"иллюстративным материалом"*.

Исходя из нашей убежденности в первостепенной важности исследуемого предмета для всех правоведов-теоретиков, практиков и учащихся и из интереса, который общая теория права может представлять для неюристов, мы должны прежде всего определить, что есть предмет общей теории права (Раздел 1) и подчеркнуть необходимость его рассмотрения (Раздел 2).

## ПРЕДМЕТ ОБШЕЙ ТЕОРИИ ПРАВА

### Раздел

1

2 Термин "право" в нашем случае не следует понимать как синоним правосудия в духе моралистов, философов, богословов или в чисто формальном смысле правил позитивного права. Безусловно, мы не можем не учитывать ни одно из названных значений; однако право будет рассматриваться нами только как нормативная дисциплина, предназначенная для законотворчества, создания правил поведения и для организации социальных отношений.

*Объективным правом* называется система правил, регулирующих жизнь в обществе, соблюдение которых, в свою очередь, гарантируется публичной властью. Объективное право часто отождествляется с позитивным правом, то есть с совокупностью юридических правил, действующих в данный момент и в данном обществе. Однако такое видение предмета оказывается зауженным, поскольку состояние права в некотором обществе в определенный момент не может рассматриваться отдельно от явлений более масштабных, не может рассматриваться изолированно от своих источников или от общего контекста. Состояние правовой сферы зависит от исторического, гуманитарного, социального, экономического контекста, от тенденций в сфере идеологии. Однако в зависимости от ситуации (в отличие, например, от английского во французском языке одним и тем же термином обозначаются как собственно объективное право, так и прерогативы, признаваемые за индивидами или за группами индивидов, то есть те самые *субъективные права*, которые объективное право закрепляет за юридическими лицами и которые наделяют этих юридических лиц правом владения имуществом или правом власти над окружающими).

Субъективные права соответствуют одному из основных положений общей правовой системы и не будут обойдены стороной в настоящей работе. Вместе с тем общая теория права соотносится с объективным правом в гораздо более широком контексте, именно в том смысле, в каком мы употребляем здесь термин "право". Прежде чем определиться с содержанием общей теории права (§ 2), мы должны дать ей общее определение, обособить от других дисциплин (§ 1).

## **1 Различие между общей теорией права и философией права**

3. Общая теория права сформировалась в результате прогресса позитивных наук. Появившись в конце XIX в., она была задумана как средство, позволяющее выйти за рамки простого описания права. Отгораживаясь от теорий естественного права, общая теория права основывалась на той идее, что право может составлять "предмет позитивной науки". После второй мировой войны эта теория воспринималась (антипозитивистской реакцией) скорее как поиск ценностей, норм и идеологий неюридического характера, лежащих в основе видимой нейтральности юридических понятий, правил и теорий. Понятие общей теории права представлялось амбивалентным, если не двусмысленным, поскольку для одних она была эманацией философии права, а для других попыткой научного осмысления предмета, сравнимой с "юридической догматикой", то есть с той частью науки о праве, которая посвящена интерпретации и систематизации норм. Несмотря на то, что теория общего права не обрела подлинной самостоятельности, по крайней мере в странах англосаксонского мира, где термин "юриспруденция" означает "науку о праве", она определялась как наука, цель которой сводится к изложе-

нию принципов, понятий и характерных черт, общих для различных правовых систем (1).

Далее мы увидим, что общая теория права преследует цель постигнуть явление юридического плана путем изучения смысла у пределов его существования, фундаментальных концептов, способов его введения в действие, инструментов и метода... Одним словом, общая теория права изучает правовой порядок, взятый глобально, сквозь призму всех его "почему" и "как". Это система интеллектуального плана, методологически и организационно основанная на наблюдении и объяснении различных юридических систем и предназначенная для определения главных, стержневых осей системы права и применения права.

Следуя старой формуле "ubi societas, ubi jus"\*, мы заключаем, что всегда и везде общества существовали в рамках определенного юридического порядка. Конечно, он мог быть очень различным. Это зависит от типа общественной организации, эпохи, образа мышления: нет практически ничего общего между существованием первобытных людей, живших за счет охоты и рыбалки, подчинявшихся магическим ритуалам, и бытием обществ утонченных, индустриальных, обладающих продвинутыми технологиями, то есть обществ современных развитых государств. Мы имеем

(1) H.-L.A. Hart, *"The concept of law"*, Oxford 1961, p. 366-367, перевод на французский язык M. Van de Kerchove, Bruxelles 1976. Относительно этих определений см *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie de droit*, Paris (L.G.D.J.); под руководством A.J.Arnaud, *"Théorie générale du droit"*, Bruxelles, 1988. См. также: Lord Lloyd of Hampstead et M.D.A. Freeman *"Lloyd's introduction to jurisprudence"*, Stevens, 5-éme éd. Londres 1985. Библиографию по теории права: *"Current legal theory"*, *"International Journal for Documentation on legal theory (Bibliography, Abstracts, Reviews)"*, Leuven, Acco, Vol.4/2 1986.

\* "Где общество, там и закон". (Прим. пер.)

все основания спросить себя, существуют ли универсальные правила общественной жизни? Юридическая антропология, преследующая целью познание существа юридической проблематики, юридического мышления и юридической деятельности в условиях разных по своей форме цивилизаций, разных культурных традиций, вполне может дать ответ на этот вопрос (1). Впрочем, у этих обществ есть один общий элемент: обязательные для выполнения правила поведения и организация общественных отношений, поддерживаемых санкциями объективного характера. Общая теория права должна высветить постоянные элементы, неизменно встречающиеся во всех системах, и те элементы, в которых проявляются принципиальные отличия систем. И хотя эта наука может основываться только на результатах исследования небольшой части правовых систем прошлого или настоящего, она способна при помощи подобного отбора моделей помочь увидеть во всем этом разнообразии общую платформу, составленную из определенного числа констант, таких, как власть или приказ, и из общей структуры мышления.

"Общий" характер общей теории права проявляется двояко: прежде всего в том, что она привязана к значению юридической нормы через анализ ее пределов и границ и через размышления о ее структуре, о приемах и методе правового мышления. Одновременно она общая в том смысле, что исследует право как систему в целом, а не просто как частную правовую систему или специальную отрасль права, несмотря на то, что при изучении права отдельного государства или конкретной темы, изложенной каким-то автором, неизбежно возникает желание опираться в выводах прежде всего на этот материал.

(1) J.F. Perrin, *"Pour une théorie de la connaissance juridique"*, éd. Droz, Genève, 1979, p. 71 ets.; N. Rouland, *"Anthropologie juridique"*, Paris, P.U.F., Coll. Droit fondamental, 1988.

4. Таким образом, общая теория права четко отличается от философии права, если последнюю понимать как юридическую метафизику. Общая теория права исходит из наблюдения за правовыми системами. Опираясь на результаты исследования их постоянных элементов и структуры, она исключает основные интеллектуальные построения, концепты и приемы... В философии права больше собственно философии, чем права. Она стремится освободить право от "его технического аппарата под тем предлогом, что за счет этого ей удастся добраться до сущности права и увидеть метаюридическое значение права" и ценности, которые это право должно отстаивать, а также смысл права относительно полного видения человека и мира... Конечно, такие великие философы, как Платон, Аристотель и особенно Кант или Гегель, интересовались правом, но в большей мере их занимало не то, что есть право, а то, чем должно быть право. Общая теория права не принижает значимость философии права и часто вынуждена обращаться к основным положениям и разнообразным целям права, но в то же время философия не является ее основным предметом. В общей теории права речь идет об изучении права таким, какое оно есть, а не права, каким оно должно быть. Речь идет о том, чтобы никогда не терять из виду правовые системы, трансцендентно идентифицируя их как абсолютные ценности.

Другими словами, если в общей теории права, как и в философии права, совершается попытка понять, что есть право, в чем оно распознается, каковы его цели и основания, следует понимать, что она (общая теория) делает это, в большей мере отталкиваясь от права и с целью овладения правилами его применения. Тогда как философия права проявляет себя часто как философия о праве, отталкиваясь от философии с целью сублимации юридического в метафизическом.

Кроме того, следует отличать общую теорию права от юридической эпистемологии (1), представляющей собой критическое исследование принципов, постулатов, методов и результатов процесса познания права. Эпистемология обращается только к исследованию способов познания права и предназначена для направления юридической мысли, обособляясь от реальности жизни и от понятных для всех потребностей с целью рассмотрения исключительно чистых понятий, их внутреннего упорядочения отдельно от тех конкретных интересов, которые они представляют, и с целью получения юридических построений за счет исключительно интеллектуальных усилий (2). Эпистемология (3), таким образом, тоже ориентирована преимущественно на то, каким должно быть право, а не на то, какое оно есть. Общая теория права более близка к феноменологии права (4), то есть к научной методике, суть которой заключается в том, чтобы "обращаться к самим вещам", наблюдать вещи в их конкретной реальности, без заранее выстроенной идеи.

Но что в таком случае представляет собой содержание общей теории права?

## **2 Содержание общей теории права**

5. Невзирая на расхождения в определении права, мы можем принять, что право стремится установить гармоничный общественный порядок и регулировать отношения в обществе, в том числе из желания способствовать (степень

(1) C. Atias, *Epistémologie juridique* (1985); M. Miaille, *Une il critique au droit* (éd. F. Maspéro, 1976), pp. 31 et s.

(2) F. Gény, *Science et technique en droit privé positif* (1913), T. I n° 35 à 56.

(3) C. Atias, *Op. cit.* n° 35 et s.

(4) P. Amselek, *Méthode phénoménologique et théorie du droit* (1964).

вмешательства при этом в зависимости от конкретного случая может быть разной) установлению в обществе определенного нравственного порядка, правовой безопасности или содействовать общественному прогрессу. Цели и используемая технология варьируются в зависимости от особенностей правовых систем, а иногда и в рамках одной системы, что зависит от особенностей отдельных отраслей права. Но в сущности имеющиеся в нашем распоряжении модели ограничены количественно; выбор, осуществляемый различными правовыми системами, нельзя назвать четко обозначенным или однозначным, поскольку предметом выбора оказываются доминанты или нюансы. Далее становится возможным, оставаясь внутри общей теории, выделить из общего полотна исследования основных систем главные общие проблемы, возможные варианты выбора, фундаментальные понятия и институты, интеллектуальные процедуры, а также материальные или формальные средства, используемые в организации любой юридической системы, а также оценить эффективность применения этих компонентов в рамках определенного юридического порядка.

Впрочем, право — динамическая дисциплина. Юристы, опираясь на решения, закрепленные в виде текстов (юридическая традиция или практика), увязывают их с главными принципами, из которых впоследствии можно вывести другие решения — для разрешения новых проблем, новые формы деятельности, новые правовые отношения...

Появление новых потребностей и отношений иногда вынуждает к жизни реформы или новые юридические построения; однако последние никогда не появляются "ex nihilo" ("из ничего") и всегда содержат в различной пропорции уже известные модели, концепции, тенденции. Непрерывная трансформация права, несмотря на возможные скачки, преимущественно происходит в виде эволюции, а не революции, потому что по глубинной сути любое конвульсивное движение заканчивается примирением с требованиями

ми юридической и общественной системы, внутри которой оно производится. Известные французские авторы, такие, как Ж. Рипер и Р.Саватье, показали "созидательные силы" и "метаморфозы" права. Другие авторы, как Ф. Жени, задавшись вопросом, "дано право или создано", пришли к выводу, что если данное постигается наукой и "обнаруживает при этом вариации", то оно "слишком абстрактно по отношению к осязаемым реальностям и должно быть задействовано посредством правовой "технологии"; последняя состоит из формообразующих процедур (формы, категории...) или мыслительных процедур (концепты, условности...), для которых характерен целый комплекс специальных приемов, сравнимый с серией средств, адаптированных собственно к целям права (1).

Это и есть общая теория. Поэтому, когда звучит привычный вопрос — "что есть право — наука или искусство?" — все в конце концов сходятся на том, что это искусство, которое состоит в улучшении социальных отношений путем формулирования справедливых правил и их применения в беспристрастной манере; это искусство еще и потому, что право не ограничивается простым утверждением правил, их толкованием и разрешением спорных ситуаций: задача права состоит также в том, чтобы классифицировать юридические факты, конструировать теории, разрабатывать принципы. Но для того, чтобы объяснить и удовлетворить социальные чаяния и отношения, право не может оставаться в стороне от других общественных дисциплин, от философии, истории, социологии, экономики, антропологии, политики...(2), хотя некоторые ученые, подобно Х. Кельзену, превозносят "чистую теорию права", освобожденную от всякой политической идеологизации и от всяких элементов, имеющих "научное" происхождение.

(1) F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, spec. T. IV (1924) n° 302.

(2) H. Lévy Brühl, *Aspects sociologiques du Droit* (1955), pp. 33 et s.

6. Следует отметить, что "любая правовая разработка направляется интеллектуальными операциями и методологией, основанной на принципах общей логики; для этих процедур характерна некоторая вялость, заданная самой природой изучаемого предмета" (1).

Существует мнение (2), что цель правовой методологии сводится к разработке норм, применимых к социальным отношениям, а также к определению правил, которые помогают (что касается целей, преследуемых в условиях данного общества, и внутренней связности его правовой системы) достичь желаемого результата наиболее эффективным и экономичным способом при неизменном внимании к обеспечению правовой безопасности. Названные цели и способы их достижения предполагают руководство процессом разработки текстов, определение принципов интерпретации и применения позитивного права, гарантию их гармонии, преодоление противоречий или искажений, выведение их формулировок, более легкое их функционирование, их критический разбор, контроль за их эволюцией...

Но в этих целях методология может проявлять себя по-разному. В рамках основных современных систем принято различать, с одной стороны, силлогизм и дедуктивное суждение, в основе которых — принципы, перешедшие из нормативной системы, которая преобладает в частных правовых системах романо-германских государств, а с другой стороны, суждение преимущественно аналогическое, которое преобладает в частных правовых системах типа "common law" ("общее право"), основанных главным образом на юридических "прецедентах".

В рамках отдельной правовой системы, как, например, во французском праве, метод варьируется в зависимости

(1) F. Gény, *Ibidem*.

(2) E.S. de la Marnierre, *Éléments de méthodologie juridique* (1976).

от того, идет ли речь об оценке права относительно его идеологического и материального окружения или о применении законодательной методологии, правовой методологии, о редактировании существующих положений. Другой аспект, определяющий содержание метода, — методологический: речь может идти о методологии доказательства, интерпретации, формулировки. Еще один ряд факторов — тип права: метод может применяться при трактовке гражданского права, коммерческого права, уголовного права, конституционного или административного права. Вместе с тем, какой бы ни была осуществляемая правовая деятельность, обязательно будут задействованы такие общие элементы, как определение права, источники права, основные принципы права, правовой порядок, географическое, временное и социальное окружение юридической проблемы, институты, концепты и категории, особый язык права, соотношение факта и права, судья, процесс, некоторые специальные типы суждения... Общая теория права должна, таким образом, быть воспринятой в методологической перспективе и имеет целью исследовать эти масштабные вопросы.

## 2

## НЕОБХОДИМОСТЬ ОБЩЕЙ ТЕОРИИ ПРАВА

Раздел

7 Независимо от того, располагаемся ли мы на "макρο-юридическом" уровне правовой системы в целом (или хотя бы на уровне института) либо на "микроюридическом" уровне отдельного правила или частной ситуации, разработка, трактовка и применение права требуют ответов на конкретные вопросы: "Почему? Когда? Как?"

"Почему?", обращенное к праву, позволяет установить его конечную цель, определить стиль толкования, эволюции и применения норм, чтобы они не ушли в сторону от своего предмета и чтобы не была нарушена внутренняя когерентность системы. Вопрос "Когда?" определяет область применения и пределы некоторой правовой системы, некоторого института или правила. В порядке ответа на этот вопрос задается ограниченная область, подчиненная комплексу строгих условий, неизменно чувствительных к попыткам выйти за их пределы. Этот ответ выражает общий или специальный характер общего права или специального права, режима в целом или отдельной нормы. На вопрос "Как?" отвечает императивный или вспомогательный характер положений или рассматриваемых статусов, отчего зависят возможность отступить от них, их обязательная сила, тип применяемых наказаний...

Таким образом, обращение к общей методологической теории права является концептуальной (§1) или практической (§2) необходимостью.

## 1 Концептуальная необходимость

8. В концептуальном плане общая теория необходима для того, чтобы сделать выбор между концепцией, ориентированной на содержание права, и концепцией, ориентированной на форму права, либо, что более вероятно, для того, чтобы примирить два этих подхода.

В содержательном анализе права исследователь концентрирует внимание на смысле, происхождении, аргументации, конечной цели права. При этом предпочтение отдается главным принципам, независимо от того, какие формы принимает норма, а также независимо от формально-логической основы правовой системы. В данном случае к явлению юридического порядка подходят, главным образом, со стороны вопроса "Почему?", и оно трактуется в перспективе справедливости, которую оно должно обеспечить, или в перспективе социальных реалий, которым оно должно соответствовать, либо в перспективе социального прогресса, который оно должно осуществлять.

При формальном анализе права юридическая безопасность и правила позитивного права имеют решающее влияние на систему права, которая стремится прежде всего выразить волю и действие публичной власти; вопрос о внутренней логической связности для системы права выходит на передний план. Своего предела такой подход достиг в работах Х. Кельзена, который свел право к последовательности иерархически выстроенных норм; у Кельзена каждая норма извлекает обязательную для себя силу только из внешнего (формального) сходства с нормой более высокого порядка. Поэтому анализу подвергается только нормативный элемент, в то время как смысл (целесообразность) и содержание норм предлагается рассматривать в рамках других дисциплин, то есть не права. Ошибка правоведов

часто заключается в том, что они довольствуются только юридической техникой, низводя право до уровня специальной регламентации либо, наоборот, выражая недоверие по отношению к позитивизму; они, таким образом, пренебрегают конкретной техникой и требованиями. Что касается юридического суждения, авторы, исследовавшие эту проблему, четко делятся на сторонников логики, которая предполагает аргументацию, замещенную на романтизме, и на ярых приверженцев формальной логики.

Следует отметить, что право — организованная система ценностей, принципов, технических инструментов, которая находит свое выражение в точных правилах, и исследователь не может игнорировать ни основания, ни конкретные или формальные проявления этих правил. Анализ права как системы, то есть как "системы взаимодействующих элементов, составляющих единое законченное целое и проявляющих определенную организованность", может быть кратко выражен простым, но фундаментальным утверждением: в праве "все взаимосвязано". "Системика", или "наука о системах", разрабатывающая методы моделирования сложных (комплексных) явлений, дает великолепные результаты при применении ее в сфере права; "системика" позволяет исследовать составные части права и отношения между этими частями и с внешним окружением. В данном случае не так важно знать, является ли право автономной системой или это не больше чем глобальная социальная подсистема, подобная политической, моральной, религиозной подсистемам..., также не имеет значения, о каком типе системы идет речь. Системный анализ права не противоречит ни открытости права, ни его динамизму, сложной структуре, гибкости, ни его связям с другими системами... Анализ данного типа позволяет выделить специфичность права, его общую внутреннюю связность, логику, источники влияния, конечные цели, не оставляя без внимания реалии, из которых оно проистекает.

ет и к которым оно применяется, не скрывая многочисленные подсистемы, из которых оно состоит, не парализуя процесс его развития... Системный подход особенно полезен для разработки концепции права, для изучения и применения права, поскольку в данном случае речь идет об "организованной и динамичной системе практики, методов и институтов, образующих одновременно теоретическую конструкцию и практический метод" (1).

Юридическое суждение — это не математическое доказательство и не проявление обычной риторики. Юридическое суждение есть порождение юридических споров, диалектики, в аристотелевом смысле этого термина, но в то же время оно прибегает к формальной логике. Юридическое суждение руководствуется одновременно абстрактными принципами и конкретными реалиями при непрерывном движении от права к фактам.

Отсюда возникает необходимость комбинировать чисто содержательный анализ права и его (права) формальные описания. Правовое мышление в целом ведет к установлению равновесия или к выбору между противоположными императивами; результатом выбора бу-

(1) О применении системного подхода и понятия системы в сфере права см., например: "Le système juridique" Arch. de Philo. du Droit. T.31 (1986); J.L. Le Moigne, "La théorie generale des systèmes" (Paris, P.U.F. 1978); "Les systèmes juridiques sont-ils passibles d'une représentation systémique?" Rev. Rech. Juridique, Droit Prospectif 1985-1, p. 155ets.; P. Orianne, "Introduction au système juridique", éd. Bruylant, Bruxelles, 1982; G.Timsit, "Thèmes et systèmes de droit", P.U.F., Paris 1986, Coll. "Les voies du droit"; M. Van de Kerchove et R.Ost, "Le système juridique entre ordre et désordre", P.U.R, Paris 1988, Coll. "Les voies de droit"; F.J.Peine, "Das recht als System", Berlin 1983; J.Wroblewski, "Systems of norms and legal system", Rivista internazionale di filosofia del diritto, tome 49, 1972, p. 224 et s.; N. Bobbio, "Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires" in "La règle de droit", Etudes publiées par Ch. Perelman. éd. Bruylant, Bruxelles. 1971, p. 104 et s.

дет одна из производных. Правила или принципы могут выступать в качестве дополнений к складывающейся системе, исключаться из нее или пристраиваться к ней. Для понимания и для применения права необходимо средствами общей теории провести исследование принципов, концептов, институтов, механизмов... , руководящих правовым мышлением и приводимых тем же правовым мышлением в действие.

## 2 Практическая

### необходимость

9. В практическом плане, в целях разработки и, что случается чаще, конкретного применения права, юристы вынуждены прибегать к общей теории для того, чтобы обнаружить, интерпретировать, ввести в действие возможные решения. Для того, чтобы установить юридическую связь, защитить интересы, разрешить спор, а также для того, чтобы определить серию правовых ситуаций, необходимо произвести инвентаризацию норм и интересов, имеющих отношение к делу, представить их в деталях, ввести в действие различные институты, юридические инструменты, сблизить фактический и правовой материал, взвешенно оценить возможные результаты, интегрировать их в правовую, экономическую, политическую, социальную систему. Необходимо квалифицировать правовые ситуации, увидеть их различные аспекты, изыскать применимые для них тексты и материалы судебной практики и, определив их сходства и различия, описать варианты нового использования, нейтрализовать возможные противоречия между нормами, сравнить их значимость, зафиксировать сферу их применения... Для того, чтобы проделать всю эту работу, необходимо опираться на общую теорию права, на дух текстов, на юридическую терминологию, на определение концептов, на юридические категории, на иерархию текстов, на различные методы суждения, на принципы интерпретации закона, на



механизмы доказательства, организации судопроизводства, судебного процесса...

Подобно тому, как г-н Журден занимался прозой, не догадываясь об этом, юрист каждый момент соприкасается с общей теорией, не придавая этому особого значения. Вместе с тем юрист с определенного момента нуждается в том, чтобы дисциплинировать свою мысль и систематизировать ее факторы.

Сегодня эта необходимость стала особенно ощутимой. В большинстве правовых систем все чаще наблюдаются случаи вмешательства публичной власти во все сферы правовой деятельности; происходит это в русле общей тенденции, ориентированной на усиление дирижизма, а приводит к увеличению числа текстов (1), все более изощренных в деталях и все более технических. Детальная регламентация, при всей ее развитости, не может предусмотреть всего, в то время как общие принципы могут вместить в себя большое количество новых и непредвиденных ситуаций. Такая регламентация ведет к юридическим пустотам или, наоборот, к противоречиям между текстами, которых становится слишком много и они накладываются друг на друга. Для заполнения образующихся лакун и устранения противоречий, а также для того, чтобы оказаться во всеоружии перед лицом новых ситуаций, которые создают социальная и техническая эволюция или увеличение числа обменов, необходимо еще чаще, чем когда-либо ранее, обращаться к главным принципам, к главным концептам, к различным методам суждения... Юрист не может удовлетво-

(1) Впрочем, "законодательная инфляция", так часто разоблачаемая, оказывается порой в большей степени иллюзорной, чем реальной: см. С.А. Morand, "La croissance normative - Comment faire face à une masse de droit considérable?", *"Schweizerisches Zentralblatt für Staats und Gemeinde, Verwaltung"*-87, 1986-98, p. 337 etc.; W. Linder, S. Schwager, F. Comandini, *"L'inflation législative"*, Lésusanne, 1985.

ваться чтением и толкованием закона, как если бы в его обязанности входило только применение общих правил к частным ситуациям.

10. Во все времена совершались усилия в направлении развития общей теории и инвентаризации ее фундаментальных принципов.

Принципы и максимы права составили заглавие целого дайджеста (1). Доктрина старого права, особенно у Лойзеля и Дома, основное внимание уделяла инвентаризации "максим и обычных институтов", а также представлению "гражданских законов в их естественном порядке", другими словами, в логическом порядке.

Аналогично, в Англии в XV и XVI вв., когда "common law" ("общее право") стало казаться неадекватным реальной ситуации, для определения принципов права стали обращаться к концепции беспристрастности "equity". Современное немецкое учение, идущее по пути аристотелевской традиции и традиции "юридических посылок", постаралось углубить специальное суждение юристов (2). Основательный труд Ж. Дабэна и К. Перельмана, появившийся в Бельгии, работы не менее именитых французских авторов Жени, Дюгуи или Рубье высвечивают узкую зависимость конкретных проявлений права по отношению к общей теории права.

Хорошее образование студентов — такое образование, которое в значительной степени основано на изучении общей теории и в меньшей степени предполагает простое накопление знаний. Процесс законодательной деятельности нуждается в том, чтобы им управляли за счет значительного разнообразия методов и более разнообразной юри-

(1) Выпуск 50 *"De divésis regulisjuris antiqui"*.

(2) Th. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, (1953); G. Struck, *Topische Jurisprudenz* (1971); Ch. Perelman, *"Logique juridique - Nouvelle rhétorique"* (2<sup>e</sup> ed. 1979) n° 46 etc.

дической рефлексии. Юристы-практики остались бы в выигрыше от лучшего использования инструментов, которыми располагает юридическая техника. Судебные решения могли бы чаще опираться на выбор из наиболее ясных вариантов и более прозрачную их редакцию, если бы они черпали необходимый материал из источников общей теории права. В таком случае необходимо привязываться к правовому материалу, чтобы суметь понять его сущность, поскольку введение права в действие неотделимо от хорошего понимания юридических явлений.

В настоящем эссе, посвященном общей теории права, мы начнем с исследования "Феномена права" (1-я часть). Затем мы обратимся к основным моментам "Введения права в действие" (2-я часть).

11 Можно ли считать право явлением природным, возникающим в результате объединения людей в группы и присущим любым формам общественной жизни, или это всего лишь совокупность правил, навязанных публичной властью членам общества и предназначенных для организации отношений между ними?

Жени различал, с одной стороны, "данное", идущее от фактических реалий или от законов природы к общему устройству мира, который таит в себе некоторое постоянство и довлеет над нами, и, с другой стороны, "созданное" ("конструкт") — совокупность элементов, созданных искусственным путем, вариативных и условных, ценность и действенность которым придает человеческая воля и которые составляют необходимые средства для оживления основных направлений развития, истекающих из основ человеческого общества.

Другими словами, речь идет о понимании того, что из себя представляют *основы права* (Часть I), а также образует ли право явление, внутренне присущее всякому обществу, или оно существует как не более чем совокупность искусственных норм, источником которых являются решения органов общества. Особенность правового феномена заключается в том, что он по сути своей относителен: его внутренняя идея и его внешние проявления варьируются в зависимости от времени и пространства и обусловлены конкретными правовыми системами, то есть зависят от *своего окружения* (Часть II).

**12** Основы права охватывают все его корни, как само его *определение* и различные концепции права (глава 1), так и формальные *источники*, от которых происходит объективное право (глава 2), и *общие принципы*, которые обрамляют процесс развития права: определяют его содержание и направляют его эволюцию (глава 3).

## Глава 1

### ОПРЕДЕЛЕНИЕ ПРАВА

13. Дать точное и лаконичное определение праву представляется невозможным. Термин "право" моралистами, богословами и некоторыми философами понимается в смысле "справедливого" и "справедливости", тогда как для юристов этот термин означает комплекс "юридических нормативов и правил". Для одних право — это идеал; для других — позитивная норма. Некоторые усматривают в праве всего лишь "строгий порядок действий", направленных на институирование или сохранение некоторого положения вещей, то есть обычную общественную науку; другие пытаются в нем увидеть совокупность правил хорошего поведения. Для одних право — всего лишь один из аспектов явлений социального порядка, наряду с социологией или историей. Для других право — "система интеллектуальных представлений, образующаяся в соответствии с присущими ей принципами и совершенно независимая от явлений социологического или исторического порядка". Некоторые полагают, что право — это всегда "промежуточный результат секулярной войны, развязанной социальными силами, и процесса сближения интересов, которые в определенный момент могут начать взаимодействовать друг с другом". Другие отвергают идею, согласно которой право происходит только из исторической эволюции и из материалистического детерминизма, и настаивают на том, что источниками права являются исключительно воля человека и его деятельность (1).

(1) M. Virally, *La pensée juridique* (Ed. L.G.D.J. 1960). О сложностях устройства юридической науки читай: M. Mialle, *Une introduction critique au droit* (Ed. Maspéro 1976), pp. 37 etc.

В поисках точного определения мы можем опираться только на разнообразные тезисы, выдвигавшиеся в разное время; хотя в нашем случае речь не идет о том, чтобы углубиться в их рассмотрение, но лишь использовать в качестве самого общего основания собственных исследований. Сложность вопроса проистекает из неоднородности устройства правовых систем в разные эпохи и в разных странах, а также из нашей неуверенности в определении границ собственно права и правил другой природы, действующих в обществе.

В то же время мы можем предварительно согласиться с тем, что право — это социальная дисциплина, образованная совокупностью правил поведения, которые в рамках более или менее организованного общества регулируют социальные отношения и соблюдение которых обеспечивается в случае необходимости путем общественного принуждения.

В таком случае *право как таковое* является одновременно продуктом событий социального порядка и проявлений воли человека, явлением материальным и совокупностью моральных и общественных ценностей, идеалом и реальностью, явлением исторического плана и нормативного порядка, комплексом внутренних волевых актов и актов подчинения внешнему, актов свободы и актов принуждения... Что касается различных проявлений права, они носят частичный характер и выражают в большей или меньшей степени то, что зависит от конкретной юридической системы: либо социальное устройство, либо моральные ценности, индивидуализм или коллективизм, власть или свободу...

*Правовая норма* — продукт общественной жизни, но она также создана волей, без которой она была бы лишь виртуальной и не имела бы реального воздействия. Такая норма развивается из индивидуальных актов либо приме-

няется для их оценки и может быть обязательной для всех только потому, что она признается или навязывается общественной властью. В таком случае правовая норма отличается от научного закона, ибо в противоположность последнему, который выражает неизменное и неизбежное следствие определенных явлений, она упорядочивает поступки, которые не всегда попадают в поле зрения ученого. Право предлагает различные модели. Оно не производит автоматически неизменные по своим характеристикам эффекты, потому что право — это одновременно фундамент того, что должен выполнять человек, живущий в обществе, и совокупность правил, регулирующих отношения между людьми. Право — это одновременно моральная и социальная система, а также позитивные юридические правила. Правовая норма, посредством которой находит внешнее выражение юридический порядок и которая, следовательно, выступает всего лишь элементом формы, не может быть отделена от глубинной правовой основы, то есть от оснований и целей юридической системы. Отсюда всякое определение права предполагает одновременное изучение юридического феномена и феномена правовой нормы, глубинной сути и внешней формы. Поэтому мы постараемся дать определение права по сути (по содержанию) (Раздел 1) и его формальное определение (Раздел 2).

# ОПРЕДЕЛЕНИЕ ПРАВА ПО СУТИ (по содержанию)

Философия, несмотря на то, что мы можем дать ей большое количество определений (а каждый крупный философ имеет собственную концепцию философии), может быть определена как "совокупность научных взглядов и исследований, рассматривающих проблемы на самом высоком уровне их обобщения и нацеленных на объяснение первопричин, абсолютной реальности, происхождения человеческих ценностей" (1). Философия, таким образом, доминирует над другими науками, по отношению к которым она выступает своего рода "пастырем". В ходе изучения проблемы права нам не обойтись без философии, поскольку именно философия должна показать границы между сферой права и сферами морали, политики и экономики; философия должна помочь дать определение права, понять, "что есть право, по каким признакам его можно узнать, каковы его цели и основы" (2).

Несмотря на расхожие сомнения, от чего должна отталкиваться философия права — от философии или от права, предметом философии остается "проникновение в природу позитивного права" и понимание реального путем рефлексии (3). Для этого философия должна в общем и главном рассматривать право в аспекте его

содержания (1). Некоторые философы, особенно Кант и Гегель (2), посвятили философии права свои системные труды. Однако, освобождая право от аппарата технических средств, полагая, что таким образом нам будет легче добраться до сути вопроса, мы должны остерегаться денатурации права, его превращения в чисто философский концепт. "Философия права — это отрасль философии, которая занимается правом" (3). Право обладает своей особой философией, отличной как от общей философии, так и от социальной и политической философии. Философия права не может быть отделена от своего непосредственного предмета (4). Поэтому возникает необходимость принять к использованию "феноменологический метод" (5), суть которого сводится к наблюдению за конкретными реалиями, свободными от любой предвзятости суждений, и скорее рассматривать право в "феноменологическом аспекте" норм, объективно допускающих их анализ, чем пытаться постичь его природу через деформирующую призму суждения "a priori". Вместе с тем, нам не следует пренебрегать "критическим анализом принципов права, его постулатов, методов и путей его познания", одним словом, "юридической эпистемологией" (6), а также рефлексией относительно того, каким должно быть право.

За внешними осязаемыми проявлениями права, какими являются законы, суждения, юридические акты, скрываются абсолютные концепции права, сфера юридической метафизики, которая может быть вечной и всеобщей. Но юридическая метафизика права варьируется, поскольку

(1) "Petit Robert", Dictionnaire V Philosophie.

(2) C. Atias, *Épistémologie juridique* (P.U.F. 1985), n°33; H. Batifol, *Problèmes de base de philosophie de Droit* (L.G.D.J. 1979), p. 8; M. Villey, *Philosophie du Droit*, T. I. *Définitions et fins du Droit*, Précis Dalloz, n° 1; V° La philosophie du Droit aujourd'hui, *Arch. De Philo. Du Droit*, T. 33, Sirey, Paris 1988; *Philosophie juridique européenne*, sous la direction de J. M. Trigeaud, Les institutions, Ed. Japadre, 1988.

(3) J. Dabin, *Théorie générale du droit* (Ed. Dalloz 1969), n° 8.

(1) C. Atias, *ibidem*

(2) Kant, *Principes métaphysiques de la philosophie du droit* (1797); Hegel, *Fondements de la philosophie du droit* (1821).

(3) G. Del Vecchio, *Philosophie du droit* (1953), p. 13.

(4) J. Dabin, *op. cit.*, n° 9.

(5) P. Amslek, *Méthode phénoménologique et théorie du droit* (1964). Феноменология зародилась под влиянием трудов Э. Гуссерля (1859—1938).

(6) C. Atias, *op. cit.*, spec. N° 35 etc.

каждый имеет возможность построить свою концепцию права, и, кроме того, каждая система из разнообразных доктрин выбирает свою особую для того, чтобы обосновать свои собственные правила. Всякое юридическое программирование основывается на исследовании тех "социальных ценностей", которые предстоит выявить и объяснить: справедливость, юридическая безопасность, социальный прогресс... Доктрины отличаются друг от друга ценностями, на которых они делают акцент, другими словами, целями, которые они преследуют (1). Именно так, преломляясь в призме различных тенденций *юридической мысли* (§ 1), вырисовываются *окончательные цели права* (§ 2).

## о j Юридическое мышление

15. Нюансы юридического мышления неисчислимы. Поэтому в нашем случае не может идти и речи о том, чтобы предпринять попытку их детального анализа или обсудить достоинства той или иной доктрины. Единственное, что мы можем, это воспроизвести в самых общих чертах те основные тенденции философии права, которые могли бы лежать в основе фундаментального выбора между различными юридическими системами. Некоторые авторы различают "формалистские школы", которые ставят на первое место юридическую безопасность, обеспечиваемую за счет внешней формы правового правила, "идеалистические школы", которые преследуют некий идеал справедливости и превращают юридический закон в закон морали, и "реалистические школы", которые концентрируют все свое внимание на со-

циальном прогрессе (2). Вместе с тем большинство авторов, исследовавших историю возникновения правовых идей, их почву и цели, выделяют два главных течения (1), различие которых само по себе есть проекция основополагающего выбора между идеалистическими (А) и позитивистскими (Б) тенденциями.

## А • Идеалистическая философия — — — — ^ —

16. Если отбросить все разнообразие тезисов, оформляющих юридический идеализм, то окажется, что он соответствует доктринам "естественного права" и утверждению о существовании идеала высшей справедливости, такой справедливости, которая выше позитивного права, довлеющего над властью и над самим законодателем. Общей основой различных "естественно-правовых" тенденций служат несколько фундаментальных идей, а именно: утверждение, что естественное право происходит от природы; идея о существовании неписаных законов, высших по отношению к позитивному праву и довлеющих над ним; идея, согласно которой стремление к (идеальной) справедливости первично по отношению к уважению (реальных) законов; идея незыблемости определенных ценностей, которые

(1) J. Carbonnier, *Droit Civil, Introduction - Les personnes* (P.U.F., 11e éd.) n° 9; J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de Droit Civil, Introduction générale* (L.G.D.J., 2e éd.), n° 7 et s.; C. Larroumet, *Droit Civil, Introduction d l'étude du Droit privé* (Economica 1984), nos 58 et s.; A. Piedelièvre, *Introduction à l'étude du droit* (Ed. Masson 1981), pp. 19 et s.; A. Weill et F. Terré, *Droit Civil, Introduction générale* (Dalloz, 4e éd.), nos 18 et s. et 31; C. du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Délaux et Niestlé, Nefchatel 6<sup>e</sup> Ed., n° 219 et s.; L. Lloyd of Hampstead et M.D.A. Freeman, *Lloyd's introduction to jurisprudence*, Stevens, 5e Éd., Londres 1985; S. Goyard-Fabre et R. Sève, *Les grandes questions de la philosophie du droit*, P.U.F. 1986.

(1) P. Roubier, *Théorie générale du Droit* (2<sup>e</sup> éd. 1951), n° 36.

(2) P. Roubier, *op. cit.*, n° 37; для сравнения, но уже в другом смысле, см.: J. P. Schouppé, *Le réalisme juridique* Ed. Story-Scientia, 1987.

одерживают верх над ценностями, приносящими людей в жертву государству (1).

Согласно этой доктрине, люди вполне могли бы избавиться от правил, которые нарушают высшие принципы идеального права. Эта философия, нашедшая свое отражение в "Антигоне" Софокла (2) или в знаменитой максиме "Summus jus, summa injuria" ("самый строгий закон — высшая несправедливость") из трактата "О республике" Цицерона, была воспринята богословами средневековья, а затем "школой права природы и людей". Эта философия вдохновляла составителей Декларации прав человека и гражданина, появившейся в 1789 г., и Кодекса Наполеона; статья 1 проекта Гражданского Кодекса, получившего новую редакцию, разъясняла: "Существует право всеобщее и неизблемое, источник всех позитивных законов; но это право оказывается не более чем естественным мотивом, поскольку известно, что именно естественный мотив управляет людьми". Эта философия стала питающей средой для идеалистических течений, возникавших с конца XIX в. и пытавшихся сформулировать новое определение права.

Схема развития идеалистической философии включает несколько этапов: античность, средневековье, XVII и XVIII вв.; по своему содержанию эти этапы отличаются друг от друга (3).

(1) L. Ingber, *Jean Bodin et le droit naturel*, in *Actes du Colloque interdisciplinaire d'Angers* (1984), Presses Universitaires d'Angers, 1985, p. 279 et s.; *Des théories du droit naturel* Cahiers de Philosophie politique et juridique, Publications de l'Université de Caen, 1988; более полную библиографию по естественному праву см.: in *Introduction bibliographique f l'histoire du droit et à l'ethnologie juridique*, B/1 1 par P. Foriers, L. Ingber et P. F. Smeets, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1982.

(2) "Я не думаю, что твой эдикт обладал такой силой, которая дает смертному существу власть нарушать неписанные божественные законы, эти законы не может поколебать никто" (пер. по франц. тексту Ж.-Л.Б.).

(3) J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 9-10; J. Gestein et G. Goubeaux, *op. cit.*, n° 1 et s.; A. Weill et F. Terré, *ibidem*; M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du Droit* (1962). См., наконец, Ph. Jestaz, "L'avenir du droit naturel ou le droit de seconde nature", *Rev. Tr. Dr. Civ.*, 1983, pp. 233 et s.

У Платона предназначение права состоит в том, чтобы раскрывать, что есть справедливость в отношениях между людьми и в сознании индивида, поэтому между справедливостью и правом устанавливается гармония. Согласно Аристотелю право должно логически выводиться из гармонии природного устройства: справедливое — то, что соответствует этому природному устройству и выводится из наблюдения вещей, живых существ и человеческих обществ; для того, чтобы определить, каким должно быть право, необходимо установить конечные цели и сущность предмета наблюдения. Таким образом, метод Аристотеля отстраняет естественное право от реалистичного и гибкого взгляда на мир, в то же время этот метод предполагает утверждение каждым городом такого человеческого закона, предназначение которого состоит в том, чтобы дополнять и совершенствовать этот мир. Другие течения мысли, в частности школа стоиков, в значительной мере ориентировавшиеся на мораль, а не на право, стремились более четко показать различия между естественным правом и правом позитивным. Позднее Цицерон вновь вернется к утверждению о том, что за позитивным правом существует идеальное право, неизблемое и вневременное.

Христианская доктрина права была выражена св. Августином, который от мирского права четко отличал "примат" справедливости и морали, основанный на Священном Писании; наиболее яркое выражение этот тезис нашел в трудах св. Фомы Аквинского, для которого естественное право есть отображение вечного божественного права, управляющего миром. У св. Фомы естественное право располагается между вечным законом и позитивным законом. Естественное право происходит от божественного закона, выраженного в Священном Писании и воспринимаемого рассудком и умом человека. Вместе с тем естественное право эволюционирует и открывает только такие перспективы, которые должны быть дополнены и уточ-

нены позитивным правом. Поэтому человеческий закон должен быть справедливым и предназначаться для общего блага народов, жизнью которых он управляет, только тогда его соблюдение может быть обязательным. И наоборот, как только закон начинает противоречить планам Божьим и интересам здравого смысла, его соблюдение перестает быть обязательным.

Этой доктрине, имевшей религиозный подтекст, противостоит доктрина Школы естественного права, зарождение и развитие которой в XVII и XVIII вв. связывают с именем Гуго Гроция (1) и которая была по своей духовной сути светской доктриной. В ту эпоху идея естественного права послужила основой для "права людей", другими словами, для международного государственного права: "естественный мотив" в отсутствие авторитетов, стоящих над государствами, выступал единственным отличным от силовых средством регулирования отношений. В рамках этой доктрины естественное право уже не происходит от Бога, но от общественной природы человека, и человеческая рассудочность дает возможность утвердиться принципам всеобщего и незыблемого естественного права, она создает правила, не зависящие от эпохи и от конкретной цивилизации, правила, лишённые всякой гибкости. Помимо такого сугубо рационального права Гроций допускал существование произвольного права, возникающего на основе соглашения народа, когда устоявшиеся правила оказываются принесёнными в жертву согласованной воле индивидов.

Такой подход напоминает теорию "общественного договора", развитую впоследствии Локком и Руссо. В центре внимания этой теории находился человек в его естественном состоянии, а не мир, и ориентировалась она на естественные законы, проистекающие из существа человека, его

свободы и его воли (1). По мысли Руссо, индивид не может быть полностью свободным от общей воли, поскольку именно через нее находит выражение его собственная воля.

Таким образом, доминирующая философия XVIII в. превозносила человеческую природу и ставила человека в центр системы ценностей. В то время эта философия стимулировала развитие субъективных прав: права индивида заняли место естественных прав.

17. Доктрины естественного права, особенно в XIX в., служили предметом оживленной критики со стороны немецкой исторической школы, представители которой, начиная с родоначальника школы Савиньи, поддерживали тезис о том, что право — это не более чем продукт эволюции народов и что оно далеко от универсальности и свойственно каждой нации.

Такой подход, без всякого сомнения, страдал чрезмерной тягой к крайностям. Однако мы можем упрекнуть классические идеалистические доктрины в том, что они были одновременно ирреалистичны, или неточны, и слишком абсолютизированы, или слишком расплывчаты.

Нет оснований соглашаться с тем, что право имеет всеобщий (универсальный) или вневременной характер. Достаточно обратить внимание на разнообразие юридических систем и на характер их эволюции, чтобы убедиться в относительности права. В крайнем случае мы можем пожелать определенного постоянства принципов, заложенных в праве, соответствия последних определенной идее справедливости, а также осознания того, что право не может ограничиться рабской ратификацией различных явлений гуманитарной сферы — политических, социальных, экономических или технических, что оно должно также управлять ими, ориентируясь на главные цели юридического поряд-

(1) Гуго де Гроот, или Гроций (1583—1643): *Du droit de la guerre et delà paix* (1625).

(1) J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, n° 14.



ка. Мы имеем основания полагать, что позитивное право есть результат включения элементов, как правило, разнообразных, в неизменные материальные и интеллектуальные рамки. Кроме того, несмотря на всю осторожность, с которой авторы теорий естественного права подходили к этому вопросу, их теории предполагают, что законодатель обязан придерживаться норм естественного права, а если он не выполняет эту обязанность, граждане, даже судьи, могут не подчиняться несправедливым законам. В реальной жизни, если процесс развивается по модели французского права с его Декларацией прав человека, воспроизведенной Конституциями 1791, 1946 и 1958 гг. и признавшей право на сопротивление режиму угнетения, законодатель становится на позиции позитивного права и уже не исходит из естественного права. Порталис сам писал по этому поводу: "В отсутствие наказания естественная справедливость, которая управляет, но не принуждает, была бы нецелесообразной для большинства людей, если бы рассудок не проявлял себя в аппарате власти для того, чтобы... поддерживать распоряжениями руководства искреннюю мотивацию, идущую от природы... Того, что мы называем естественным правом, было недостаточно; возникла необходимость в формальных и стимулирующих приказах или предписаниях" (1). Только будучи закрепленными позитивным правом, нормы естественного права воздействуют эффективно. В противном случае трудно себе представить, как законодатель может разрешить гражданам укрываться от выполнения собственного закона под предлогом выполнения естественных законов, которые он устранил, или как он может отказаться от того, чтобы внушить гражданам необходимость уважения позитивного права, если последнее противоречит естественному праву. Только бунт или

(1) Обоснование проекта закона, озаглавленное: "предварительное право?" в *Ecrits et discours juridiques et politiques*, J. E. M. Portalis, P. U. A. M., Aix en Provence, 1988, p. 66.

силовое воздействие могут в таком случае перевернуть существующий порядок, и несмотря на то, что в отдельных экстремальных случаях отрицание права и общественной организации может показаться необходимым, именно легитимность отрицания всегда остается неопределенной, именно от практики отрицания исходит объективная опасность, которую нельзя оставлять без внимания.

Идеалистические доктрины часто придавали естественному праву точное и незыблемое содержание, которому противоречат реальные факты. Школа права природы людей утверждала, что обязанность кормильца, брак, власть отца, собственность... — это институты, не подлежащие пересмотру, в то время как другие институты, такие, как институт усыновления, имеют сиюминутный и искусственный характер. Ряд авторов, как Штаммлер в Германии, Салей во Франции, наоборот, поддерживали "теорию естественного права с изменчивым содержанием", согласно которой естественное право ограничивается несколькими главными принципами, такими, как уважение к данному слову или возмещение несправедливо понесенных убытков, и варьируется в зависимости от конкретной эпохи и страны. В таком случае авторы, подобно Жени, Планьелю, Колену и Капитану, имеют тенденцию сводить естественное право к нескольким общим и смутным директивам, в необходимости которых не возникает никаких сомнений, но которые не имеют собственной реальной ценности и в глазах многих современных юристов бледнеют перед позитивистскими концепциями права.

## **Б • Позитивистские доктрины**

18. Любое определение позитивизма носит самый общий характер и не может похвалиться точностью. Иногда бывает трудно отнести ту или иную доктрину к какому-то типу. Так, теория общественного договора, в зависимости от конкретного аспекта, может сближаться с позитивизмом

или с идеализмом. Внутренняя неоднородность позитивистских доктрин делает еще более проблематичными поиски общего критерия для позитивизма. Тем не менее в целях характеристики позитивистских тенденций мы можем использовать следующие их черты: они отвергают любую правовую метафизику, любую трансцендентную справедливость и любую идею естественного права, а в качестве аргумента в пользу своей позиции указывают на тот факт, что познаваема только позитивная, правовая или научная, реальность.

Разнообразие позитивистских доктрин происходит из разнообразия "позитивных реальностей", к которым эти доктрины обращаются. Как правило, выделяются следующие виды позитивизма: правовой (юридический) и социологический (1) или правовой (юридический) и научный (2). В данной работе мы прежде всего установим различия между юридическим и научным позитивизмом (а), чтобы потом установить различия между социологическим и другими формами научного позитивизма (б).

#### **а) Правовой (юридический) позитивизм и научный позитивизм**

19. *Позитивизм правовой (юридический)* состоит в том, чтобы признавать в качестве ценностей только нормы позитивного права и сводить любое право к нормам, действующим в данную эпоху и в данном государстве, не обращая внимания на то, справедливо это право или нет. Тогда право предстает некоей автономной дисциплиной, отождествляемой с волей государства, выражением которого такое право и является. В такой ситуации не должно возникать конфликтов между правом и государством, которое выступает его единственным источником, эволюция или

мутации которого влекут за собой соответствующие изменения для права. Право редуцируется до уровня государственных атрибутов и часто оборачивается произволом властей или политикой силы. Позитивистские доктрины нередко происходят из неопределенностей, порожденных разнообразием позитивных прав и представлением, что любая идея справедливого, если к ней применимы эпитеты "неизменная" и "универсальная", оказывается, как следствие, искусственной.

Воплощением этой доктрины можно считать труды всех авторов, работавших в русле абсолютистской тенденции, независимо от того, питались они или нет христианской мыслью. Так, в XVI в. Жан Бодэн, теоретик идеи абсолютной монархии, а в XVII в. Боссюэ, воспевавший власть королей, стали увязывать право с верховной властью монарха, подчиняя последнюю требованию соблюдать "божественные и естественные законы". В отличие от них Макиавелли прежде всего утверждал, что государство и право никоим образом не подчинены естественному праву или морали и что с момента, когда встает вопрос об интересах государства, правитель не должен колебаться в выборе средств, которые впоследствии (a posteriori) будут оправданы успехом. Позднее Гоббс увязывал понятие общественного договора с понятием абсолютной власти: в результате общественного договора, предназначенного для обеспечения порядка, люди признают право законодателя за абсолютным монархом, законы которого всегда справедливы, поскольку служат общим интересам, даже если они противоречат божественной воле.

Впоследствии идея *государственнического* позитивизма была поддержана в трудах Гегеля. Пытаясь примирить противоречия истории и единообразие разума и нейтрализовать оппозицию реального мира и (идеальной) мысли при помощи диалектики, Гегель (1) стремился отождествить

(1) J. Carbonnier, *op. cit.*, а 9; A. Weill et F. Terré, *op. cit.*, n 31.

(2) J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, а 20 et s.

(1) "Fondements de la philosophie du Droit".

рациональное и реальное, признавал первенствующую роль за государством и объяснял право через осуществившийся факт и через силу, одним словом, он отождествлял право с государством. Подобно Гегелю немецкий юрист Рудольф Иеринг ( 1 ) видел в государстве единственный источник права; подчеркивая роль принуждения как неотъемлемого свойства правовой нормы, он признавал только позитивное право, внушить почтение к которому может государство. Он утверждал, что право есть "политика силы" и что право - это "всею лишь оружие в спорах, подтекстом которых выступает сила ". Право по Гегелю является результатом постоянной борьбы индивидов, групп и интересов. Ко всему сказанному добавим знаменитую фразу Паскаля: *"Не умея сделать так, чтобы бывшее справедливым стало силой, люди сделали так, что бывшее силой стало справедливым"*.

20. *Однако люди осознавали опасности, которые таило в себе беспредельное господство государства и силы. Наихудшие злоупотребления и самые уродливые случаи превышения власти имеют шансы на легитимацию. При условии развития ситуации в такой перспективе сохраняется угроза того, что произвол, пренебрежительное отношение к человеку, всевозможные жестокости и несправедливости, самые кровавые формы тоталитаризма получают правовое закрепление. Нельзя поддаваться этому искушению ради построения строгой интеллектуальной конструкции, ради утверждения культа подчинения или ради мифа о действенности такого метода правления. Существуют социальные противовесы и моральные силы, которые имеют решающее влияние на процессы в сфере права. Даже если допустить, что право нуждается в принуждении средствами государственной политики по от-*

ношению к тем, кто его не признает, нельзя без содрогания думать, что право станет отождествляться с силой: сколько преступлений можно было бы тогда легитимировать!

С этого момента мы ни в коем случае не можем сводить право к упрощенной системе иерархизированных норм, когда все нормы без исключения наделяются силой благодаря своему соответствию вышестоящей норме вплоть до норм основного закона (конституции), как это предлагал Кельзен ( 1 ). Нормативистская школа рассматривает юридическое упорядочение как таковое, не видя в нем даже момента образования государства, которое обезличивается и отныне воспринимается исключительно как слово, выражающее внутреннее единство этого упорядочения. В то же время нельзя не согласиться и с тем, что вся эта конструкция в целом подчинена "окутанной завесой тайны исходной норме", или "основополагающей норме" (2). По Кельзену, необходимо придерживаться "чистой теории права", оставляя в стороне всякую политическую, философскую или моральную идеологию и "все элементы, восходящие к наукам о природе". Такая концепция права, свободная от любого социологического, политического, исторического или экономического подхода к предмету, противостоит концепциям, восходящим к *научному позитивизму*.

Согласно доктринам, восходящим к научному позитивизму, источником права являются факты истории, экономики или социологии, поэтому право должно изучаться с использованием методик соответствующих наук. Право не является продуктом более или менее вольной в своих действиях государственной власти, но представляет собой социальный продукт, порождение истории, экономики или общества, полностью свободный от идеи трансцендентной справедливости. Согласно социологическому позитивизму

(1) H. Kelsen (1881-1973), *Théorie pure du droit* (trad. Ch. Eisenmann, Ed. Dalloz 1962).

(2) J. Carbonnier, *ibidem*; J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.* N 23.

право "несет в себе волю к жизни общества" (1). На память сразу приходят примеры эмпирического и позитивистского мышления английских утилитаристов, таких, как Бентам, Остин или Стюарт Милль.

Согласно Бентаму мораль и право основаны на пользе, а еще точнее — на "идеях удовольствия, изобилия и безопасности", циркуляция которых приводится в действие симпатией между людьми и страхом расплаты за эгоизм (2). Однако английская мысль была отмечена также печатью анализа человеческих обществ в духе эволюционизма; данное направление анализа разрабатывалось Дарвином и Спенсером. Научный и социологический подход к явлениям из правовой сферы связан с рядом настолько не похожих друг на друга доктрин, что мы считаем необходимым схематически представить доминирующие в них тенденции.

#### **б) Научный позитивизм и социологический позитивизм**

**21.** Для одних ученых право — это продукт *истории*. Оно вынашивается (формируется) народом; оно выражает душу народов и отражает эволюцию народов. Следовательно, оно является продуктом деятельности внутренних, молчаливых сил, а не происходит от (внешней) незыблемой и всеобщей идеи справедливого. Именно этот тезис немецкая историческая школа возвела в систему.

Для других, например, англичанина Бентама, творившего в начале XIX в., право во многом происходит из *экономики*: "юридическое искусство прилагается к политической экономике и оказывается под диктатом идеи о пользе" (3).

Однако наибольший акцент на роли экономического фактора в процессе формирования права был сделан в работах Маркса, Энгельса и их последователей. Позитивное право появляется здесь как "выражение экономических интересов господствующего класса", то есть капиталистов в условиях буржуазного общества и пролетариата — после того, как он установит свою диктатуру. В данном случае право превращается в "надстройку" ("суперструктуру") реальной экономики, связанную с эволюцией производственных отношений, и инструмент принуждения правящего класса. Это принуждение необходимо для того, чтобы обеспечить диктатуру пролетариата; однако после переходной фазы, в ходе которой должны быть уничтожены противоречия интересов и измениться мировоззрение людей, право должно исчезнуть одновременно с государственным аппаратом принуждения. Занимая позиции "исторического материализма", согласно которому право имеет экономические корни и объясняется отношениями противоборствующих сил, Маркс предсказывал эволюцию права, которая завершится его исчезновением. Трудно предположить, чтобы такая сжатая характеристика марксистского понимания права оказалась в полной мере достоверной и чтобы в ней нашло свое отражение все многообразие имевших место тенденций и толкований. Но и в таком обобщенном виде она показывает, что нигде и никогда реальность не подтверждала правильность марксистского подхода к проблеме. Данный подход представляется не только ирреалистичным и абстрактным, но также неполным и ограниченным. Даже если факты наличия связей между экономикой и правом бесспорны, их явно недостаточно для использования в качестве материала для юридической мысли; и сами по себе эти факты ничего не сообщают о существовании правового феномена, а последний не обходит стороной ни антагонизмы, ни отношения на уровне силы, хотя и не сводится только к ним и включает также кооперативные отношения и конвергенцию интересов.

22. Не следует также соблазняться социологическим подходом к рассмотрению права, истинное происхождение которого, за неимением более древних корней, следует искать в русле позитивистской философии Огюста Конта (1). Согласно последнему индивид и человечество в ходе своей интеллектуальной и социальной эволюции последовательно проходят через теологическую и милитаристскую стадию, затем через стадию метафизическую и законническую, чтобы достигнуть наконец позитивной и промышленной стадии, где люди довольствуются тем, что открывают законы, позволяющие управлять событиями путем наблюдения и рассуждения. Для общества и государства в таком случае характерны "любовь как принцип, порядок как основа, прогресс как цель". Право может быть, таким образом, предметом позитивной науки, поскольку в главном оно происходит от социальных явлений, подчиненных детерминизму (2). Законы жизни в обществе могут быть установлены экспериментальным путем и открыты "посредством социологии, опирающейся на историю, этнологию, статистику, политэкономия" (3). В рамках такой концепции правовая норма вытекает из фактов социальной жизни, а не из воли правителей. Этот подход получил дальнейшее развитие в трудах английского философа Спенсера, который попытался примирить кооперацию на уровне общества и индивидуальную свободу, а особенно французского социолога Дюркгейма, подчеркивавшего специфический характер социальных фактов, а также специфику предмета и метода социологии. Связь между правом и социологией была особенно четко установлена у Лео-она Дюги (4). Социологический позитивизм — это концеп-

(1) Augusto Comte (1798-1857), "Cours de Philosophie positive" (1830-42); "Opuscules de philosophie sociale" (1819-29).

(2) J. Carbonnier, *op. cit.*

(3) J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, n° 24.

(4) L. Duguit (1859-1928), "L'Etat, le droit objectif et la loi positive" (1901); "Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon" (1912); "Les transformations du droit public" (1913).

ция, согласно которой право редуцируется до позитивного права, каким оно существует в данный момент и на данной территории; при этом правовая норма вытекает из анализа социальных фактов (1). *Заслуга этого типа анализа состоит в том, что он выявляет релятивистскую сущность права во времени (2) и в пространстве (3), а также влияние на него социальных факторов (4). Неудобство этого анализа состоит в том, что он ограничивает функции права рабским отражением фактов, в том числе достойных наибольшего осуждения, в то время как право может управлять этими фактами; еще один недостаток связан с тем, что данный анализ настаивает на щепетильном и часто неточном детерминизме даже тогда, когда человеческая воля может предложить свои варианты выбора.*

Поскольку различные школы мысли сами по себе питают свои собственные изыски и не могут, взятые по отдельности, сформулировать полное и удовлетворяющее всех определение права, такое определение может происходить только из некоторой конъюнкции соответствующих теорий, оценка которой будет зависеть от того, какие конечные цели признаются за правом. Помимо крайних позиций существует промежуточный вариант, который основывается на поисках альтернативных целей и оказывает примиряющее воздействие на взаимоотношения между различными доктринами, одновременно очищая их от ненужной предвзятости (5).

(1) A. Weill et F. Terré, *op. cit.* N 28.

(2) См. ниже, n 97 et s.

(3) См. ниже, n 124 et s.

(4) См. ниже, n 149 et s.

(5) F. Ost et M. Van de Kerchove "Jalons pour une critique de droit", "Travaux et recherches", n 9, Publ. des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles 1987.

## 2 Конечные цели права

23. Часто исследователи обходят стороной вопрос конечных целей права. Для того, чтобы выявить элементы позитивного права и задействовать их, они предпочитают опираться на конкретные факты и обращают внимание только на непосредственную эффективность принятых решений. Что касается общей теории права, у нас возникает желание отказаться от анализа ценностей, преследуемых и утверждаемых правом - настолько они многочисленны, разнообразны, неуловимы и субъективны, — из опасения, что за всей этой пестротой не удастся разглядеть существенно важные, неизменные и перманентные, элементы юридического мышления и техники. В то же время нельзя забывать, что в правовых нормах, в доктрине права и судебной практике находит свое выражение ряд фундаментальных ценностей, другими словами, эти ценности питают разработку, применение и процесс эволюции права. *Ни практики, ни теоретики не могут абстрагироваться от конечных целей правовой системы или правовых норм, если желают понять смысл последних, направлять процесс их толкования, давать координаты сфер применения или предвидеть пути эволюции.* Идея о "решении, приемлемом и в социальном, и в моральном смысле в данной сфере, не есть случай внеправового рассмотрения". Правовое суждение не сводится к упрощенной с формальной и логической точек зрения дедукции, правовое суждение есть постоянное столкновение между ценностью (конкретного) решения и его внутренней совместимостью с правовой системой в целом (1).

В любом случае конечные цели права многочисленны, и мнения на этот счет настолько пестры, противоречивы,

(1) Ch. Perelman, *Logique juridique - Nouvelle rhétorique* (2e éd. Dalloz), n 44; M. Virally, *op. cit.*, pp. 24 et s. V *infra*, n 244 et s.

фанатичны или размыты, что какофония, возникающая от их одновременного звучания, приводит слушателя в замешательство. Однако мы должны произвести их полную инвентаризацию и сгруппировать по конечным целям. Согласно одним авторам право должно быть нацелено на "справедливое распределение, подобающее поведение индивидов, их полезность, удовлетворение их потребностей, их безопасность, благополучие"... либо на "мощь нации, прогресс человечества, бесперебойное функционирование социального организма"... (1). Другие авторы помимо традиционных целей, таких, как справедливость, порядок, безопасность или прогресс, указывают на такие политические цели, как знаменитое трио: свобода, равенство, братство. Кроме того, они обращают внимание на более специализированные экономические и социальные гарантии, материализации которых способствуют современные тенденции в сфере прав: право на труд, на отдых, на объединение... или современные движения защитников природы, защитников прав потребителей (2)... Углубляясь в детали, диверсифицируя конечные цели права, мы рискуем потерять их из виду и смешать с простыми техническими нормами, которые в действительности являются только их внешним отражением. Так, подобно М. Виллею (3), мы можем обозначить четыре главные цели права: справедливость, подобающее поведение, служение человеку и служение обществу. Такие разные перспективы не должны обязательно исключать друг друга. Наоборот, примирять их друг с другом считается признаком хорошего тона. "Наша концепция права нацелена на то, чтобы скомбинировать в рамках единой идеи справедливости мотивы, взятые из сфер морали и справедливости, а также мотивы общественной пользы и мате-

(1) M. Villey, "Philosophie du Droit - définitions et fins du droit". *Op. cit.* N24, p. 51.

(2) A. Weill et F. Terré, *op. cit.*, n 32.

(3) M. Villey, *op. précit.* N 25 et s.

риальной отдачи. Автономия права связана с мотивом равновесия, которое мы оцениваем как необходимое, между двумя названными рядами мотивов" (1). Создается даже впечатление, что различные правовые системы сталкиваются с двумя главными альтернативами: справедливость или полезность, с одной стороны (А), и индивидуализм или коллективизм, с другой (Б).

#### А • Справедливость или польза

24. В среде английских философов, таких, как Бентам (2), Ж.-Стюарт Милль (1806-1873), а также в рамках влиятельного течения современной американской мысли "полезность" рассматривается как главный критерий всех ценностей в области познания и в сфере действия. Речь в общем и целом идет о том, чтобы добиться "максимизации удовлетворения" для максимального числа людей, составляющих некоторую социальную группу, и о том, чтобы уйти от неприятных переживаний и страданий. В данном случае целью права становится установление правил поведения, способных привести "к наибольшему счастью для наибольшего числа людей". Для того, чтобы соединить личное счастье и общее счастье, утилитаризм использует нравственный критерий, суть которого сводится к оценке качества действия относительно последствий этого действия для жизни отдельного человека и общества в целом. Несмотря на приверженность идеям либерализма и индивидуализма Ж.-Стюарт Милль превозносил право государства на вмешательство в интересах обделенного класса, право на видоизменение права собственности, кооперативы, политическое освобождение женщины... Для

утилитаризма ценностью является дух предпринимательства, компетентность, рост, кроме того, он стремится каким-то образом компенсировать индивидуальные или коллективные злоупотребления. Часто утилитаризм упрекают в отклонении от провозглашенных целей, для которых и нужно быть полезным: для чего производство? для чего прогресс? — таковы, согласно Виллею, вопросы, которые забывают задать себе утилитаристы (1).

Утилитаристам противопоставляют тех, кто думает, что право - это не "завод по производству общественного порядка", но искусство, для которого характерно следование провозглашенной цели, и что в соответствии с традицией Аристотеля или св. Фомы Аквинского "целью права является справедливость"; мы уже говорили, что функция права состоит в таком случае в том, чтобы "наиболее точно определить пропорцию интересов" (2).

Однако такой подход предполагает необходимость с самого начала дать определение "справедливого". Согласно Жени, "правовые нормы имеют целью всегда реализовать справедливость, которую мы представляем себе по крайней мере в форме идеи, идеи справедливого... По большому счету, право обретает свое содержание, свойственное и специфичное для него, только в понятии справедливого — в этом первичном понятии, предельном и элементарном, вводящем не только элементарные предписания, запрещающие наносить ущерб кому бы то ни было или воздавать каждому должное (по заслугам), но и предполагающем более глубокую мысль о необходимости установления равновесия между конфликтующими интересами с целью укрепления порядка, обеспечивающего поддержку и прогресс

(1) M. Villey, "L'utile et le juste", in *Arch. Philosophie du droit*, T. XXVI (1981). Préface pp. 6 et 7.

(2) M. Villey, *op. cit.*, p. 10; V° aussi J.M. Trigeaud, "Humanisme de la liberté et philosophie de la justice", *Bibl. de Philosophie comparée*, Ed. Brière, 1985.; "Essais de philosophie du droit", Studio Ed. di Culture, Gènes 1987.

(1) R. David, "Le dépassement du droit et les systèmes juridiques contemporains", *Arch. De Philosophie du droit*, T. VII (1963), p. 19.

(2) J. Bentham (1748-1832), *Introduction aux principes de la morale et de la législation* (1789); *Traité des peines et des récompenses* (1811).

человеческого общества ..." (1). Известно, что справедливость по-разному определяется моралистами и правоведами (2). Для одних это "неизменное и постоянное желание дать каждому то, что ему принадлежит" (3): такое определение справедливости давал Цицерон, а после него св. Августин и св. Фома Аквинский. Справедливость в данном случае не ограничивается долгом, осознание которого лежит на совести каждого; сама по себе она является носителем своего собственного права быть исполненной в том смысле, что она заставляет признать себя посредством определенных лиц или организаций. Для других справедливость — это "равновесие, достигаемое путем согласования притязаний одних и обязательств других" (4). При другом подходе "идея справедливости оказывается идеей высшего порядка, который должен господствовать в мире и обеспечить торжество наиболее достойных интересов" (5). Джон Роулз, желая заменить утилитаристскую идею теорией высшей справедливости, не так давно сделал попытку возродить традиционную теорию общественного договора. Он опирается на принцип равенства при наделении "основных прав и обязанностей" и на идею того, что социально-экономические неравенства справедливы только при условии, если "в качестве компенсации они создают преимущества для каждого и, в частности, для наиболее обделенных членов общества". Справедливость, таким образом, понимается как равенство, а несправедливость — как неравенства, которые распространяются не на всех людей (6). В

(1) F. Gény, "Science et technique en droit privé positif", T. 1, n° 16.

(2) P. Roubier, *op. cit.*, n° 23.

(3) F. Senn, "De la justice et du droit" (1927), p. 2, cité par P. Roubier, *ibidem*.

(4) G. Gurvitch, "Droit naturel et droit positif intuitif Arch. de Philosophie du Dr. et de Soc. Jur. 1933 (3-4), p. 70.

(5) P. Roubier, *ibidem*.

(6) J. Rawls, "Théorie de la justice" trad. en français par C. Audard, Ed. du Seuil, 1987; V° aussi M. Van Quickenborne, "La justice selon Ch. Perelman et J. Rawls" in "Justice et argumentation, Essais à la mémoire de Ch. Perelman", Ed. de l'Univ. de Bruxelles, 1986.

нашем случае не может идти речи о том, чтобы исследовать достоинства многочисленных возможных концепций справедливости. Необходимо просто констатировать их непрочность и отметить, "что существует справедливость, которая не обязательно является справедливостью законов" (1). Помимо морального долга быть справедливым существуют ориентации, делающие особый упор на социальный аспект: эти ориентации, затрагивая факторы, характерные для жизни в условиях общества, несут в себе особые предписания. Справедливость предполагает равновесие между конфликтующими интересами; при этом возникает вопрос: соответствует ли такое равновесие объективно вычисленному среднему значению, арифметическому равенству данных интересов, либо то, что по праву принадлежит каждой стороне, должно быть оценено субъективно и в связи с конкретными характеристиками заинтересованных сторон?

Необходимо признать, что *существует много интерпретаций понятия справедливости* и что, в зависимости от конкретного случая, право прибегает к той или иной из этих интерпретаций. Поэтому анализ, проделанный некогда Аристотелем, затем св. Фомой Аквинским, еще и сегодня может оказаться наиболее удачным. В то время выделялись три вида справедливости, и в основе такого анализа "лежали три рода различий между рассматриваемыми субъектами". В случае, когда в роли субъектов выступали независимые друг от друга лица, отношения справедливости, в которые они вступали, принято было называть *коммукативными*. Если рассматриваемые субъекты образовывали сообщество и выступали в роли его членов, как в случае с государством и гражданами, справедливость называлась *дистрибутивной* — в плане обязанностей сообщества по отношению к своим членам, *легальной* — в плане обязанностей членов по отношению к образуемому ими сообществу (2).

(1) J. Dabin, *op. cit.*, n° 301.

(2) J. Dabin, *op. cit.*, n° 311 et s.



"Коммутативная справедливость" — это справедливость, которая устанавливает арифметическое равенство в обменах (между субъектами). Таким образом, некоторые договоры предполагают объективно эквивалентные обязательства для их участников. "Дистрибутивная справедливость", наоборот, имеет целью наилучшее распределение имущества, прав и обязанностей между людьми, причем иногда в ущерб объективному равновесию между обязательствами сторон. Именно в таком аспекте следует понимать распределение социальных обязательств, обусловленное прежде всего потребностями каждого (члена общества), а не долей внесенных средств. Равные возможности для всех граждан в пользовании общественными благами независимо от количества выплаченных ими налогов; защита прав арендаторов, наемных работников также есть результат влияния идеи дистрибутивной справедливости на сферу позитивного права. "Легальная справедливость" может быть понята как обязанность всех членов общества содействовать общему благу при учете прав общины, к которым они (эти люди) принадлежат. Этот принцип находит выражение в таких обязанностях граждан по отношению к государству, как долг содействовать его защите путем несения военной службы, содействовать его жизнедеятельности путем выплаты налогов или путем участия в общественных работах... При этом для управляемых речь идет о том, чтобы "подчиняться законам и законным распоряжениям властей"; для управляющих это значит точное и последовательное выполнение своих функций. Одним словом, для каждого, включая государство, речь идет о выполнении "социального долга" и подчинении требованиям общественного блага (1).

Вместе с тем нам приходится отмечать, что определения общественного блага и социального долга остаются размытыми и субъективными. Выбор между коммутатив-

ным и дистрибутивным типами справедливости неизбежно будет спорным и даже произвольным. Кроме того, мы отмечаем, что в сфере права существуют различные установки по отношению к понятию справедливости и что схематически можно выделить три такие установки (1).

25. В некоторых случаях *право индифферентно по отношению к любой идее справедливости*: исключительно технические по своей сути законы и институты, например законы и институты гражданского общества или законы и институты, присущие общественному мнению, не связаны напрямую с идеей справедливости. В других случаях, когда право узаконивает равенство граждан или, например, запрещает ростовщичество, оно *выражает осознание справедливости и потребность в ней*. Наконец, иногда *право отвергает всякую целесообразность справедливости*, предпочитая порядок, безопасность, мир. Именно этим объясняются случаи, когда права одной из сторон договора, в соответствии с положениями закона, оказываются ущемленными в пользу безопасности сделки в целом, или, в силу истечения "срока давности", права кредитора либо владельца собственности — в пользу дебитора, который не произвел оплату, или в пользу лица, незаконно присвоившего некоторое имущество (узурпатора).

*Таким образом, идеологической основой правовой системы могут быть и идея пользы, и идея справедливости, которые могут выступать в такой роли либо поочередно, либо одновременно.*

В своей вступительной речи Порталис, заметил, что "ограничения для свободы заключения договоров могут быть обусловлены только справедливостью, нормами морали, общественной пользой" (2), указав, таким образом, на

(1) A. Weill et F. Terré, *op. cit.*, n°8.

(2) Locré, *Législation civile, criminelle et commerciale de la France* (1827-32), T. IV, p. 302, n° 84, цит. по J. Ghestin, "L'utile et le juste dans le droit des contrats", *Arch. Philo, du droit*, T. XXVI, pp. 35 et s.

(1) Dahin, *op. cit.*, 320 et s.

существование соответствующего влияния со стороны пользы и справедливости. Что касается договорной сферы, где принцип обязательного исполнения договора является источником естественного права, вмешательство государства может мотивироваться общими интересами и общественной пользой, относительно которых можно выразить надежду, что они также отражают некий идеал справедливости. Ранее было убедительно показано (1), что договор является обязательным потому, что он полезен для его участников и, особенно, для общества: одновременно с этим его исполнение обязательно только в том случае, если он справедлив: об этом весьма наглядно свидетельствуют принцип обоюдного согласия при заключении договора или принцип запрета на внесение в договор неправомерных условий, что характерно для немецкого или английского права, а также то особое внимание, которое в некоторых правовых системах уделяется вопросу нанесения ущерба. В сферах экономической и социальной, прежде всего на этапе составления договора, мы также наблюдаем, что в настоящее время утверждается непростое, но реальное обособление порядка управления и порядка защиты прав в обществе. Если порядок управления в обществе имеет целью утверждение "определенной концепции общих интересов, общественной пользы, например, упорядочение валютных, вексельных курсов или поддержание курса национальной валюты", то порядок защиты прав в обществе, предназначенный для защиты некоторых наименее защищенных категорий населения, выступающих также в роли участников договорных отношений, имеет целью установление договорной справедливости (2).

В сфере уголовного права классический спор между такими функциями наказания, как удержание от совершения преступления и расплата за совершенное преступ-

(1) J. Ghestin, *ibid.*; "Traité de droit civil", "Les obligations, le contrat: formation", 2<sup>e</sup> Ed. L.G.D.J. 1988, "предисловие".

(2) *Ibid.*

ление, соответствует альтернативе между справедливостью и пользой: удержание от совершения преступления отвечает в данном случае требованию пользы; расплата за совершенное преступление выражает идею справедливости (1). Эволюция уголовного права, проходившая под влиянием школы социальной защиты, или даже новой социальной защиты, как и борьба против "практики уклонения от нормы" и за реинтеграцию лиц, нарушающих нормы поведения, в общество, вдохновлялись идеей пользы.

В сфере прав человека семантический и понятийный анализ текстов и споров, связанных с принятием Декларации 1789 г., порожденной, как известно, идеологией естественного права, показывает (2) абсолютное преобладание идеи пользы над идеей справедливости.

Но как все-таки решить проблему неизбежного противоречия между справедливостью и пользой? По сложившейся традиции тех, кто приравнивает справедливое к полезному, принято считать утилитаристами, а идеалистами — тех, кто полезное ограничивает рамками справедливого. Позитивизм в свою очередь растворил "справедливое" и "полезное" в "реальном" (3). Известно, что и польза, и справедливость — понятия неизбежно относительные, неустойчивые и субъективные. *Однако они могут совпадать в полной мере.* Обязательная сила договора, уголовные или административные наказания, соблюдение прав человека — все это вещи одновременно справедливые и полезные. Понимание справедливости и пользы в аспекте технических модальностей в позитивном праве зависит от выбора дру-

(1) P. Poncela, "Par la peine, dissuader ou rétribuer", *Arch. Philo. du Dr.*, T. XXVI, (1981), pp. 59 et s.

(2) P. Delavaux, "L'utile et le juste dans les droits de l'homme révolutionnaires", *Arch. Philo. du Dr.*, T. XXVI, (1981), pp. 223 et s.

(3) P. Arnaud, "Juste et utile — Deux attributs de 'l'ordre réel' qui n'en font qu'un", *Arch. philo. du Dr.*, T. XXVI, (1981), pp. 167 et s.

гих возможных целей права. Что при этом имеется в виду: индивидуальная или коллективная справедливость либо частная или общая польза?

## **Б \* Индивидуализм и коллективизм •**

26. Мы всегда и, очевидно, беспристрастно противопоставляем индивидуализм и коллективизм. Индивидуализм основан на философской доктрине, утверждающей реальность индивидов как таковых в ущерб родовой и видовой детерминированности; индивидуализм находит свое выражение в теориях, которые усматривают в индивиде общую ценность политического, экономического и морального плана, и вводит идею развития прав и обязанностей индивида. Коллективизм, напротив, связан с доктриной и такой системой управления обществом, которые основываются на идее коллективной собственности на средства производства и обмена и на власти государства. Столкновение коллективизма и индивидуализма соответствует традиционному антагонизму между капитализмом и социализмом или между либерализмом и дирижизмом. В данном случае речь идет прежде всего о политическом анализе. Однако все это проецируется непосредственно на юридическую сферу, ведь мы не можем не признавать существование *связей, объединяющих право и политику*. Некоторые ученые, например Бюрьдо (1), подчеркивают, что политика, начиная собственно с государства, стремится найти обоснование в праве и создает юридические правила для обслуживания своих целей; отсюда возникает постоянное напряжение между правом и политикой с неизменным усилением господствующей роли права. В данном случае мы не решаемся рассматривать право как инструмент на службе у политики или, наоборот, подчинять политику праву (2). Но мы можем, по всей видимости, оп-

ределить право как "диалектику на стыке политики и этики" и представить его как "посредника" между политикой и моралью (1). Идеологический спор между индивидуализмом и коллективизмом (а) предопределяет в таком случае, на юридической почве, появление вопроса о правах субъектов (б).

### **«) Идеологический спор**

27. В рамках данной работы мы имеем возможность разве что слегка затронуть этот спор, ограничившись его юридическим аспектом.

Согласно *индивидуалистской мысли* человеческая личность представляет собой конечную цель права, поэтому юридические законы могут приниматься только в связи с жизнедеятельностью человека как такового. "Общество создано для человека, а не человек для общества" (2). Государство и общество должны обеспечить достойное существование человека и свободу, поскольку они являются всего лишь "конструкциями", позволяющими человеку утвердить ценность своих прав и реализовать их. Правовой закон призван принудить всех соблюдать права каждого индивида, он устанавливает взаимные ограничения этих прав и увязывает идею прав с идеей обязанностей. Так, для Канта право есть "система условий", которые обеспечивают сосуществование индивидуальных "свобод", а также сосуществование способности каждого действовать с аналогичной способностью других. Свобода выступает здесь как высшее благо и "врожденное право" человека, защита которого является задачей государства (3). Объективное право оказывается в таком случае

(1) J. Freund, "Droit et politique — Essais de définition du Droit", *Arch. Philo. du Dr.*, T. XVI, pp. 14 et s.

(2) P. Roubier, *op. cit.*, n° 25.

(3) E. Kant, "Principes métaphysiques premiers de la Doctrine du Droit" (1796) (trad. Tissot, pp. 43 et s.), cité par P. Roubier, *ibidem* et M. Villey, "Philosophie du droit", *op. cit.* № 82.

(1) G. Burdeau, *Traité de Science Politique*, 1<sup>er</sup> éd. 1949.

(2) H. Batifol, "Problème de frontières: Droit et politique" "Le droit investi par la politique" in *Arch. Philo. du Dr.*, T. XVI, pp. 1 et s.

"системой субъективных прав, снабженных надлежащими инструментами, то есть законами, которые определяют, ограничивают и гарантируют власть индивидов" (1). Данная концепция с триумфом победила во Франции во время Революции; однако она стала причиной злоупотреблений либерализмом, не знающим никаких рамок, и вызвала к жизни, в качестве ответной реакции, доктрины социалистского и коллективистского толка.

Современное коллективистское мышление опирается прежде всего на идеи Гегеля и Маркса. В трудах Гегеля (2) единственной конечной целью права, в результате диалектического развития мысли автора, называется обслуживание сообщества; "право государства" стоит выше всех субъективных прав отдельных членов такого сообщества. Таким образом, "индивид приносится в жертву общему делу". Государство больше не инструмент на службе индивидов, но самостоятельная реальность "в себе и для себя" (3).

В трудах Карла Маркса, как известно (4), право — совокупность средств, при помощи которых класс буржуазии обеспечивает свое экономическое господство исходя из своих общих (классовых) интересов; оно должно стать орудием пролетариата в его борьбе против прежнего господствующего класса, и борьба эта должна идти до тех пор, пока уже в коммунистическом обществе с исчезновением буржуазии не отомрет государство.

В такой перспективе общество превращается в высшую ценность, которую необходимо защищать, а право должно соотноситься с интересами социальной группы, а не индивида. Подобный взгляд на вещи легко переходит в "государственный социализм" (5), где право пре-

вращается в совокупность средств, при помощи которых определенная группа людей защищает жизненно необходимые условия своего развития и где юридические отношения опираются на институты, работающие на общие цели, а не на договор. Это приводит одновременно к коллективному присвоению богатств и к подчинению индивида коллективу.

В конечном счете коллективистская доктрина провозглашает превосходство неотъемлемых прав человеческой личности и наделяет право миссией защищать их; социальные доктрины подтверждают превосходство общества над человеком и передают праву функцию организации порядка, которому индивиды должны подчиняться во имя общих интересов. Но *аналогично тому, как не представляется больше возможным отдавать общественные отношения на откуп полной свободе отдельных членов общества, поскольку это создает условия для недооценки людьми своих обязанностей перед обществом и для недопустимых и трагических злоупотреблений и жертв, также следует признать, что и коллективизм характеризуется неприемлемыми ирреальностью и угнетением (по отношению к массам).* Рабское положение человека, абсолютистский характер центральной власти, неоправданно сосредоточенной в руках отдельной личности или органа и опирающейся на средства нередко такого же неоправданного принуждения, не в состоянии сделать людей, живущих в обществе, богаче: за отсутствием личной мотивации стимулов для роста производства и активности оказывается недостаточно и экономика остается слабой. Далее мы видим, как, особенно в Западной Европе, получают развитие переходные формы, которые соединяют защиту индивида и требования общества. Однако что происходит с субъективными правами при таком способе преодоления обычного антагонизма между индивидуальным и общим интересами?

(1) M. Villey, *ibidem*.

(2) G.W.F. Hegel, *Traits fondamentaux de la philosophie du droit* (1821).

(3) M. Villey, *op. cit.*, n° 96.

(4) См выше, n° 21.

(5) P. Roubier, *op. cit.*, n° 27; V° aussi E. Lévy, "Le socialisme juridique", 1928.

## б) Вопрос о субъективных правах

28. Проблема субъективных прав имеет первоочередное значение для любого юриста. С точки зрения школы естественного права, признание и быстрое закрепление субъективных прав имели источником сущность самого человека. Некоторые из этих прав были провозглашены неотъемлемыми и святыми во время Французской революции и в период обретения независимости Америкой. Поэтому заслуживает внимания тот факт, что именно последователи классической теории естественного права, как и позитивисты, стали авторами большого числа работ, в которых теория субъективного права подверглась критике.

Таким образом, проблема субъективных прав оказывается сложной как в плане философском, так и в плане техническом. Эта проблема стала предметом многочисленных авторитетных исследований (1), и она же была поводом для извечных дискуссий. Неопределенной остается даже *дефиниция* субъективных прав. Для немца Виншейда субъективное право есть "проявление волевой способности или проявление воли со стороны власти, обоснованной правопорядком" (2): то есть это "власть изъяслять свою волю" (3). Для Иеринга, в отличие от предыдущего автора, "субъективные права — это интересы, защищенные правовыми средствами" (4). Согласно Ж. Дабену, "субъективное право выража-

ет по сути отношение принадлежности — обладание". У этого автора оно выступает как "отношение принадлежности между субъектом и вещью"; вместе с тем принадлежность "порождает и детерминирует обладание". Отношение между объектом права и его субъектом порождает сферу, предназначенную для обладателя, благодаря юридической направленности права против третьих лиц и его, обладателя, защищенности. Все это характеризует понятие субъективного права и вытекающую отсюда свободу (власть) действовать в качестве обладателя (1). С точки зрения Рубье, если речь не идет о том, чтобы отрицать существование прерогативы индивидов, необходимо дать ей определение и узнать ее роль и место. Субъективные права охватывают только "те гипотезы, где существует прерогатива, применяемая в качестве блага: прерогатива, которая в принципе может быть передана другому лицу и которая, как правило, предполагает возможность для лица, пользующегося ею, отказаться от нее. Такие прерогативы получают судебную защиту посредством судебной исковой процедуры..."(2). В такой перспективе субъективные права дают преимущество лицам, которые наделены ими, то есть они дают этим лицам имущество, которым можно распоряжаться, присваивая его или отказываясь от него, и которое обеспечивается гарантиями судебной защиты. Таким образом, для Рубье право собственности, право получения долга, право собственности на произведение литературы или искусства — все это подлинные субъективные права, в то время как право на жизнь или на физическую неприкосновенность или право на свободы, от которых нельзя отказаться, таковыми не являются: "Способность на отказ присуща субъективному праву" (3). Как мы видим, этот автор выступил против злоупотреблений,

(1) См., в частности: J. Dabin, "Le droit subjectif (1952); P. Roubier, "Droit subjectifs et situations juridiques" (1963); *Archives de Philosophie du Droit*, T. IX (1964). "Le droit subjectifs en question" spec. M. Villey, *La genèse du droit subjectifs chez Guillaume d'Occam*, pp. 97 et s.; Michaelides-Nouaros, "L'évolution récente de la notion de droit subjectif, *Rev. Tr. Dr. Civ.* 1966, pp. 216 et s.; G. Marty et P. Raynaud, *Traité de droit Civil*, "Introduction générale", n<sup>os</sup> 133 et s.; H.L. et J. Mazeaud par M. de Juglart, *Leçons de droit Civil*, "Introduction à l'étude du droit", n<sup>os</sup> 155 et s.

(2) *Pandektenrecht* (8<sup>e</sup> éd. 1900).

(3) J. Carbonier, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 40.

(4) *L'esprit du droit romain* (Trad. Meulenaere, 3e éd. 1888), T. III.

(1) J. Dabin, *op. précit.*

(2) P. Roubier, "Droits subjectifs et situations juridiques", *op. cit.* P. 38, cité par J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.* № 183.

(3) P. Roubier, *op. cit.*, pp. 118-119.

которые, по его мнению, допускают правоведы в отношении понятия субъективного права — он считает, что необходимо избавиться от слишком широкого взгляда на этот предмет. "Субъективные права не включают всех случаев, когда отдельный индивид может быть правым перед судьями": объективное право распространяется также на "правовые ситуации", которые являются "сложным переплетением прав и обязанностей" и в которых элемент обязанностей (долга) является доминирующим (1).

В конечном итоге мы констатируем, что поводом для разногласий относительно субъективных прав послужили два вопроса: а) как следует определять субъективные права: в терминах права на волевое решение или в терминах защиты интересов индивидов; б) существуют ли субъективные права сами по себе или они являются всего лишь следствием объективного права.

При рассмотрении двух этих вопросов на поверхность выступают многочисленные характерные элементы субъективных прав: это *признанные и защищаемые объективным правом прерогативы*, которыми наделяются *индивиды или группы индивидов*; эти прерогативы предоставляют индивидам определенные *возможности*, позволяющие им *защищать свои интересы в закреплённой за ними сфере, когда другой стороне вменяется в обязанность уважать* права таких индивидов. В отсутствие заинтересованности и желания обладателя прав их использовать, в отсутствие организованной защиты прав со стороны позитивного права, как и в отсутствие юридической направленности права против третьих лиц, субъективные права оставались бы не больше чем миражами. Характерной чертой субъективного права является то, что оно признает определенные возможности для индивидов, и эти возможности гарантируются органами социальной защиты.

Однако именно в этом пункте наблюдается сходство критических замечаний, которые представители различных школ, как правило, оппозиционных по отношению друг к другу, высказывают в адрес субъективных прав. Некоторые последователи идеи *jus naturalis* (естественного права) считают, что субъективные права призваны узаконить "эгоизм индивидов", который "стремится использовать в своих интересах, на самом деле понимаемых извращенно, то, что было создано исключительно в целях справедливости и общего блага" (1). Сторонники социальных доктрин, аргументируя свою позицию, указывают на то, что право не может иметь целью удовлетворение только индивидуальных интересов, но общих, поэтому следует настаивать в большей мере на обязанностях, чем на прерогативах каждого, а так называемые права рассматривать как всего лишь подлежащие выполнению "социальные функции". Субъективные права, по мнению последних, несут в себе неприемлемые идею и возможность законного утверждения абсолютизма, поскольку эти права делают упор только на прерогативы и игнорируют соответствующие обязанности, которые должны принимать на себя обладатели прерогатив. Поэтому в данном вопросе следует больше отталкиваться от "юридического положения" индивидов, чтобы получить достоверную картину сложных переплетений прав и обязанностей, наиболее точно отражающую требования общественной жизни (2). Критика идей Дюги, позитивистов, социальных или коллективистских доктрин и, пожалуй, некоторых других авторов, которые, как, например, Кельзен, отрицали даже само существование субъективных прав, не настолько оригинальна, чтобы рассматривать ее отдельно от многочисленных правовых систем, в частности французской.

(1) M. Villey, см. выше *Arch. Philo du Dr.*, T. IX, p. 109.

(2) См. подробнее эти взгляды изложены в A. Well et F. Terré, *op. cit.*, n° 69; J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, n° 165 et s.

(1) V<sup>0</sup> описание этой доктрины у Ж. Гестена и П. Губо в *op. cit.*, n° 183ets.

29. Внимания заслуживает защита субъективных прав от выдвигаемой против них критики. Рипер (1), подчеркивая, что никакое право не является абсолютным, поскольку оно обусловлено законом или договором и к тому же "эгоистично уже по своей природе", поскольку предназначено для удовлетворения личных целей человека, делал вывод о том, что "не может быть прочной конструкция, сложенная из легитимных прав, но скрепляемая несправедливыми способами возведения их в ранг закона". Представление о субъективных правах коренится глубоко в основании менталитета людей.

Жан Карбонье показал, что "для права субъективизация выступает средством более совершенного его, права, исполнения при использовании огромного числа располагающихся вокруг нормы предупредительных сигнализаторов, очень чувствительных, готовых сработать в случае малейшего нарушения границы" (2). Идея субъективного права естественным образом выражается в обиходной речи: мы говорим: "У меня есть право" или "Вы не имеете права". Подобные выражения не несут на себе оттенка юридической специфики. Наверняка представить и объяснить объективное право было бы невозможно, не прибегая к идее субъективного права. Речь идет о совершенно необходимом инструменте из арсенала юридических технических средств, без которого не могут обойтись даже те, кто критикует данное понятие. Признание субъективных прав, главным образом, в декларациях прав человека сделало эти права "средствами защиты индивида от деспотизма", так что теперь они представляются "продуктом движения демократической и либеральной идеологии, стремящейся защитить индивида от посягательств государственного

абсолютизма" (1). Субъективные права выступают также средством возбуждения в гражданах духа инициативы и ответственности. Высказывалось предложение воспроизвести концепцию этих прав, основываясь на понятии "потребности" (2). Некоторые исследователи также отмечают, что количество прав индивидов стало увеличиваться по мере признания прав собственности на произведения литературы и искусства, прав собственности в промышленной сфере, социальных прав, прав личности... Мы можем также наблюдать, что и поведение государства напоминает поведение гражданина, поскольку оно реализует "достаточно большое число функций индивида, занимаясь коммерцией или управляя этой (коммерческой) сферой" (3).

В то же время, хотя субъективные права и сумели, несмотря на высказанную в их адрес критику, сохранить такую силу, как абсолютные они больше не воспринимаются. Влияние социальных доктрин не осталось незамеченным. Сегодня принято считать, что субъективные права "не признаются за индивидом только для сатисфакции его свободы и его эгоистических потребностей", но учитывают "соответствующие компенсации и обязанности" (4).

Анализ правовой теории и практики показал, что права предоставляются только для удовлетворения легитимных интересов, а не для нанесения вреда другому лицу, и что их существование приобретает крайне нежелательный характер, если они отклоняются от своей цели. В таком слу-

(1) G. Ripert, *Le déclin du droit* (1949), n° 61 et s.

(2) J. Carbonnier, "Théorie sociologique du droit subjectif, in *Flexible droit* (5<sup>e</sup> Ed.), p. 150.

(1) J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, n° 70; Michaélides-Nouaros, *op. cit.* P. 221; ср. либерализм, восхваляемый F. A. Hayek, "Droit, législation et liberté, une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique", trad. Française par R. Audouin, P.U.F., T.I 1980, T. II 1982, T. III. 1983; см. также Ph. Nemo "La société de droit selon F.A. Hayek", P.U.F., 1988, и F. Rangeon "L'idéologie de l'intérêt général", Ed. Economica, Paris, 1968, les doctrines dirigistes.

(2) A. Sayag, *Essais sur le besoin créateur de droit*, These, Paris, 1969.

(3) E. Bertrand, *L'esprit nouveau des lois civiles* (1984), p. 11.

(4) A. Well et F. Terré, *op. cit.*, n° 70.

чае необходимо сопоставить цель, преследуемую обладателями прав, и конечную направленность самих прав: целью некоторых прав выступает интерес их обладателя, другие предназначены для защиты других лиц, например, детей; третьи обусловлены общим интересом; четвертые имеют одновременно и индивидуальную, и социальную функцию, как, например, право собственности. При таком подходе суды могут наказывать за злоупотребление правом, искажение закона, превышение властных полномочий... (1).

Законодатель нужен для того, чтобы защитить социальную организацию и коллективные или частные интересы от угрожающих им возможных злоупотреблений правами и крайней несбалансированности в правовой сфере. Главным открытием нашей эпохи "стало, без сомнения, открытие некоторых новых правовых решений, главным образом экономического характера" (2). Появилось большое количество текстов, вменяющих индивидам в качестве противовеса их правам существенные обязанности. В этих текстах были также смоделированы организованные правовые системы, предназначенные для перманентного регулирования коллективных правовых интересов. Наряду с классическими правовыми институтами и статусами, претерпевшими, впрочем, серьезные изменения, стали возникать новые. Брак, опека, предприятие, аренда, социальный статус наемных работников, семья, собственность, коллективная собственность, кредит, торговля, ремесленничество — все эти наименования институтов и статусов, перечисленные здесь без какой-либо системы, показывают, насколько плотно индивидуальные права окружены так называемыми высшими потребностями (общества). Рост числа легальных институтов и статусов — это наиболее характерное явление современной эпохи. Однако, какими бы изощренными ни были закрепляемые законом правовые идео-

логия и техника, для того чтобы регулировать *права* (субъективные) средствами *права* (объективного), необходимо прибегать к правилам, которые соответствуют формальному определению права.

(1) См. ниже, п° 239 et s.

(2) E. Bertrand, *op. cit.*, p. 16.



## ФОРМАЛЬНОЕ ОПРЕДЕЛЕНИЕ ПРАВА

Концепции, рассматривающие сущность права, могут дать представление о разнообразных правоведческих школах, но поскольку всегда строятся вокруг проблемы конечных целей, преследуемых правом, не достаточны для его полного и точного определения. Право выражается в правилах, которые являются его формальными проявлениями.

Объективное право главным образом определяется как совокупность правил поведения, регулирующих отношения, которые могут установиться в более или менее организованном обществе. Юридические нормы всегда сопоставимы с *предписанием*, предназначенным для упорядочения *социальных отношений* путем введения четких *правил поведения*, соблюдение которых гарантируется *государственной властью*. *Определение юридической нормы* (§ 1) имеет свою *специфику*, отличающую ее от других общественных норм (§ 2).

### § л Определение " юридической нормы

31. Юридические нормы отражают "конкретный тип" или "абстрактную формулу" того, что должно присутствовать в правовых отношениях. Закон в его наиболее общем смысле представляется как описание необходимо возникающего отношения между гипотезой и ее следствием. Однако для юриста законы всегда императивны, или "прескриптивны" по своей сути, а не только "дескриптивны". В любом случае право — это не только закон. Необходимо четко различать положения закона и

совокупность правовых норм. Мы имеем все основания допускать, что правовые нормы — это такие нормы, которые созданы по определенным моделям с использованием определенных источников и наделены специфическими и разнообразными качествами, в частности, правовым принуждением. Понятие правоспособности, как представляется, соотносится с определенной техникой производства инструментов, функция которых сводится к тому, чтобы конструировать модели, которые должны быть "обязательно реализованы" (1). Однако "существуют две большие категории норм: нормы, которые вводят одно-единственное отношение правового порядка, и нормы, которые могут вводить бесконечное множество подобных отношений" (2). Следует отметить, что в зависимости от конкретных правовых систем правовые нормы могут быть представлены по-разному. Так, принято противопоставлять римскую (романистическую) правовую традицию, которая базируется главным образом на "законе", а говоря иначе, на общих и абстрактных правилах, и традицию "обычного права" ("common law"), нормы которой были введены судьями, имеющими дело с частными судебными спорами, то есть это нормы, которые возникали из конкретных и специфических решений. В то же время у норм и названных различных систем имеются *общие черты, характерные для всего, что наделено силой юридического предписания* (А), и эти черты необходимо рассмотреть отдельно, прежде чем перейти к анализу *общих правил*, которые закладываются в законах и регламентирующих актах (Б).

(1) См., в частности, J.F. Perrin, "Pour une théorie de la connaissance juridique", Ed. Droz, Genève, 1979 spec. P. 25 et s. et 78 et s.; P. Amselek, *op. cit.* Spec. P. 285 et s.; см. также "La philosophie a l'épreuve du phénomène juridique: Droit de loi", 5<sup>o</sup> Colloque de l'Association française de philosophie du droit, Aix en Provence, Mai 1985, Ed. P.U.A.M., 1987.

(2) M. Virally, *op. cit.*, p. 49.

**А • Элементы, характерные для всего, что наделено силой юридического предписания**

32. Юридические предписания — это приказы, сформулированные правом, уважительное отношение к которым обеспечивается государственной властью. Но под данное общее понятие (а) подходят нормы, различающиеся как по форме, так и по содержанию (б).

**а) Понятие юридического предписания**

33. Для всякого юридического предписания характерны *собственно предписание* и *санкции* (за невыполнение предписываемого). Это правило поведения, вводимое в социальные отношения для того, чтобы упорядочить жизнь общества. Оно предписывает или запрещает определенные типы поведения, создавая при этом обязанности, делая легитимными определенные установки, наделяя правами... Содержание этих предписаний может, таким образом, варьироваться до бесконечности. Схематично можно различать *позитивные приказы*, через которые право предписывает или разрешает совершать определенные действия (поступки) (воинская повинность, обязанность выплачивать алименты...) или обязует мириться с некоторыми формами поведения или с воздействием со стороны отдельных прав, и *негативные приказы*, выражающиеся в запрете (запрет на возведение построек, на нарушение норм совместного проживания...). Названные типы предписаний могут затрагивать любые аспекты общественной жизни, независимо от того, идет ли речь об интересах отдельных лиц или коллективных интересах, об интересах частных (частнособственных) или общественных, касающихся людей или имущества..., независимо от типа соответствующих явлений или видов деятельности. Что касается силы юридического предписания, она также может быть разной. Есть предписания *императивные*, от выпол-

нения которых не могут уклоняться те, на кого они распространяются. Есть также предписания *вспомогательные*, от которых можно отступать и выполнение которых теми, кого они затрагивают, не считается обязательным, но предполагается только в случае отсутствия несогласия с их стороны. Есть также предписания, при применении которых допускается большая свобода "толкования" и интерпретации. Некоторые предписания просто открывают *возможности*, например, возможности выбора, в то время как другие формируют *обязанности*, которые можно заставить уважать силой принуждения.

34. Теперь мы переходим ко второму составному компоненту юридических предписаний: *санкции*. Вопрос о том, является ли санкция, или идея общественного принуждения, одним из критериев юридических предписаний, вызвал серьезные споры между позитивистами и представителями теории *jus naturalis* (1). В данном случае под санкцией понимается такая санкция, которая имеет под собой определенный тип организации общества, то есть это санкция, имеющая правовое определение, предусмотренная на случай поведения, противоречащего предписаниям правовой нормы, и предполагающая право на принуждение. Такое определение, чересчур абстрактное и неопределенное, будет в дальнейшем уточняться, но уже сейчас позволяет увидеть разницу между "санкцией" и "принуждением". Любое обязательное правило поведения содержит санкцию в широком смысле этого слова, но не содержит права принуждения, которое, как представляется, является неотъемлемой чертой права. Существуют естественные санкции, например, публичное порицание, а также моральные или религи-

(1) J. Dabin, *op. cit.*, n° 37 et s.; P. Roubier, *Théorie générale du Droit*, n° 5; M. Virally, *op. cit.*, pp. 67 et s. См. также Ph. Jestaz, "La sanction ou l'inconnu du droit", D.S. 19861197 et s.; "L'obligation et la sanction: à la recherche de l'obligation fondamentale" in *Mélanges offertes à P. Raynaud*, Paris, 1985, p. 273 et s.

озные, которые не предполагают объективного (внешнего) принуждения.

Однако, если позитивисты утверждают, что нет правовых обязанностей без соответствующим образом организованных санкций, сторонники естественного права опровергают эту точку зрения, утверждая, что существуют правовые нормы без санкций принудительного свойства и что, излишне делая акцент на социальном принуждении, мы неоправданно подчиняем право действию публичных властей, как в части, затрагивающей определение права, так и в части его содержания и эффективности.

В то же время Жени совершенно определенно утверждал, что, подвергая сомнению правомерность включения элемента принуждения в правовые предписания, "мы извращаем идею человеческой справедливости, топим ее в океане "осознанных потребностей", где она утрачивает свою индивидуальность: одновременно мы лишаем ее свойственной для нее четкости и силы" (1).

Действительно, если даже допустить, что правовые предписания чаще всего соблюдаются спонтанно, без, казалось бы, необходимого для такого случая использования средств принуждения, принципиальным остается утверждение, что использование принуждения возможно в случаях, когда есть необходимость заставить упрямцев выполнять юридические предписания. Необходимость в использовании принудительных средств для обеспечения уважительного отношения к правовым обязанностям представляется очевидной.

Безусловно, правовые предписания могут существовать и в отсутствие прямого санкционирования в виде средств принуждения; именно так обстоит дело в сфере международного государственного права. Однако такая ситуация не исключает использования средств опосредованного принуждения, что наносит ущерб эффектив-

ности конкретных правил, а иногда приводит к их полному обесмысливанию.

Итак, в целом можно утверждать, что санкции существуют; однако их роли и формы различны. На смену санкциям, практиковавшимся в примитивных обществах, где индивид сам решал для себя проблему справедливости, пришли формы государственной справедливости.

Схематично принято выделять два основных *типа санкций*: некоторые из них представляют собой своего рода *исправление* неправомерного явления (репарацию): принуждение исполнить невыполненные повинности (репарация, соответствующая по своему содержанию природе ущерба) либо предоставить эквивалент (репарация, имеющая, как правило, форму компенсации). Другие санкции представляют собой *репрессивные меры* в форме наказания, другими словами, речь идет о страдании, на которое обрекается нарушитель закона, в виде телесного наказания, лишения свободы или поражения в правах, а также в виде штрафа (1). Из этого хорошо видно, что "в результате нарушения или невыполнения одних обязательств или обязанностей рождаются новые, и так далее" и что "звенья цепочки обязанностей будут выковываться... до тех пор, пока не будет достигнут искомый результат или результат, эквивалентный искомому" (2). *В гражданской сфере*, когда некоторое правовое предписание оказывается нарушенным, полностью или частично неисполненным, возникает другая обязанность — *воздать должное* (проценты за просрочку или возмещение убытков) *или сделать необходимое* (принудительное исполнение или восстано-

(1) О проблеме уголовных санкций в современных правовых учениях см., например, M. Cusson, "Pourquoi punir?", Ed. Dalloz, Paris, 1987; J.P. Doucet, "La loi pénale", éd. Litec, Paris; M. Van de Kerchove, "Le droit sans peines. L'aspect de la dépenalisation en Belgique et aux Etats-Unis", Ed. Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987.

(2) M. Virally, *op. cit.*, p. 69.

(1) F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, T. II, n° 158.

ление в статусе), что зависит от конкретного случая. Аналогично, *в уголовной сфере* нарушитель закона подлежит наказанию, которое может выразиться в обязанности понести наказание (например, тюремное заключение) или в выплате штрафа. Конечно, существуют и другие санкции, которые распространяются на неправомерные действия, а не на лиц: так обстоит дело с аннулированием каких-либо результатов. Мы видим, что аннулирование с его эффектом обратного действия имеет следствием либо освобождение от исполнения обязательства, которое рассматривается как никогда не существовавшее, либо наложение на соответствующих лиц обязательств по восстановлению прежнего положения. Мы отмечаем также, что иногда наблюдается совмещение различных санкций. Некоторые случаи игнорирования правовых предписаний создают предпосылки для таких ситуаций, когда возникает обязанность одновременно и воздать, и сделать (например, восстановление в статусе и возмещение убытков), либо возникает необходимость прибегнуть одновременно и к уголовной, и к административной санкциям, к мерам репрессивного и репаративного свойства.

Вместе с тем мы вынуждены отметить, что во всех случаях в результате нарушения правового предписания на смену изначальной обязанности приходит другая обязанность (1). Отсюда следует вывод о том, что "принуждение проникает в право только под видом принудительного исполнения некоторой обязанности или некоторого наказания". Не следует путать исполнение и санкцию.

"Право вынесения санкции нельзя смешивать с правом исполнения наказания... Санкция — это средство, при помощи которого сила принуждения ставится на службу правопорядку" (2). Вместе с тем государственное принуждение не является чертой, присущей идее санкции как та-

ковой: существует аннулирование действий или лишение прав, которые не требуют вмешательства государственной власти... Зато не существует правовых предписаний без санкций, по крайней мере косвенных.

### **б) Разнообразие предписаний**

35. Природа правовых норм может быть очень разнообразной. Некоторые авторы, например, Г. Харт, противопоставляют "первичные правила", которые предписывают или запрещают определенные виды деятельности, и "вторичные правила", которые указывают способ исполнения законодательных актов и различных правовых актов, наделяющих правами, властью и полномочиями. М. Жимбински различает "нормы компетентности", наделяющие кого-либо полномочиями на исполнение некоторого правового действия, в том числе законодательными полномочиями, и "нормы поведения", то есть правила, определяющие поведение или конкретные действия, которые выступают в роли "пермиссивных" положений, бессмысленных в тех случаях, когда данные варианты поведения не запрещены, и полезных в тех случаях, когда необходимо сократить поле регламентации или зафиксировать исключения из общего принципа (1).

Помимо бесконечно разнообразных вариантов содержания правовых предписаний и различных источников, из которых они происходят (2), необходимо различать общие правила и частные предписания.

*Общие и абстрактные правила* предназначены для применения к неограниченному количеству правовых и

(1) H.L.A.Hart, "The concept of law", Oxford 1961, pp. 77 et s.; Z. Ziembinski, "Le contenu et la structure des normes concédant les compétences" in "Normative structure of the social world", Ed. Giuliano di Bernardo, Amsterdam 1988.

(2) См. ниже, n° 42 et s.

(1) *Ibidem*

(2) *Ibidem*

личных отношений всякий раз, когда при соединении соответствующих факторов создаются ситуации, регулировать которые и призваны эти правила. *Частные предписания*, наоборот, призваны управлять одной-единственной правовой ситуацией, и сфера их воздействия ограничивается одним или несколькими конкретными лицами. Так, судебные решения обладают в принципе только одной относителем властью, сфера распространения которой ограничивается сторонами-участниками (1), и судьям, по крайней мере во французской правовой системе, "запрещено приговоры по делам, находящимся в их ведении, выносить в качестве общего регламентирующего положения" (ст. 5 ГК). Аналогично этому правовые акты, проявления волевых решений, призванные производить правовое воздействие и влекущие изменения в общем правовом порядке, наделены относительным действием, которое распространяется только на заинтересованных лиц. Административные акты в отношении отдельных лиц призваны производить воздействие только в пользу или вопреки намерениям одного или нескольких конкретных субъектов.

Однако современное право увеличило число возможностей уклониться от принципа относительности правовых актов. Оно все больше состоит из таких правовых актов, которые затрагивают коллективные интересы: семейные, имущественные, профессиональные и т.д., которые, несмотря на то, что относятся к отдельным представителям этих интересов, распространяются на всех членов какого-либо сообщества, отрасли деятельности, раскрывая, таким образом, свой регламентирующий характер. Это так называемые *акты-правила*, среди которых коллективный

(1) Не следует смешивать их (судебных решений) власть и их возможную юридическую направленность против третьих лиц. В административном праве судебное постановление относительно превышения власти имеет, что характерно именно для этого права, абсолютную силу.

трудовой договор, составляемый профессиональными организациями с той целью, чтобы он был применим ко всем представителям той или иной профессии, является наиболее ярким примером. С момента появления акты-правила становятся посредниками между общими и абстрактными положениями, с одной стороны, и частными предписаниями, с другой. Необходимо отметить, что если в некоторых правовых системах, например, во французской, право базируется на общих и абстрактных правовых нормах, исходящих, в свою очередь, от органов государственной власти, специально наделяемых властными функциями, а именно законодательной и регламентирующей, то в других правовых системах правовые нормы утверждались главным образом на основании частных постановлений судебной власти.

## Б • Общие и абстрактные правила

36. В настоящее время сложилась тенденция отождествлять правовые акты и закон, указывая при этом на то, что и акты, и закон определяются как правила поведения, регулирующие социальные отношения, санкционированные в свою очередь правом, и что они имеют перманентный, общий и абстрактный характер (1). Как представляется, общий характер права возникает из его природы и не связан с процедурой его составления, когда есть возможность выбора. Святой Фома Аквинский определял закон "как предписание рассудка, продиктованное мыслью об общем благе", а Ж.-Ж. Руссо провозгласил, что "предмет законов всегда имеет общий характер" (2). Все это означает, что правило направлено на целую категорию лиц, которые помещаются в условия, создаваемые для применения правила, и определяются абстрактно. Такое правило обра-

CO P. Louis-Lucas, *La loi*, D. 1964,1, 197.

(2) Цит. по P. Louis-Lucas, *ibidem*.

щено если не ко всем гражданам, то, по крайней мере, к достаточно многочисленным и разнообразным по составу категориям граждан, что необходимо для достижения такой цели права, как гармонизация социальных отношений.

Таким образом, закон может распространяться на всех членов общества без ограничения или затрагивать только некоторую категорию лиц, определенную абстрактно, согласно объективным и в то же время таким разнообразным критериям, как пол, возраст, профессия, должность... Дело в том, что закон имеет общий, абстрактный и обезличенный характер, и в том, что он применяется в отношении всех, кто соответствует его условиям, с момента его вступления в силу и до его отмены (1); таким образом обеспечивается перманентность закона, и только такой закон может быть залогом беспристрастности (2). Обезличенный характер закона является гарантией от произвола, поскольку он не создается в пользу или против конкретного лица. Для граждан закон выступает, таким образом, источником безопасности и равенства.

В то же время категория лиц, на которых распространяется закон, может быть очень ограниченной. В некоторых случаях она может охватывать одно-единственное лицо: текст, в котором имеется в виду только президент Республики, сохраняет свой общий характер, поскольку затрагивает всех президентов, независимо от того, действуют ли они в данный момент или будут действовать на этом посту в будущем.

37. Следует однако отметить, что в таком смысле — перманентного, общего и абстрактного положения — юридическое правило или закон, определяются материальным критерием, независимо от общественного органа, инициирующего их появление. Согласно ст. 6 Декларации прав

(1) О временном аспекте применения закона см. *ниже*, п<sup>ос</sup> 108 et s.

(2) О других достоинствах закона см. *ниже*, п<sup>о</sup> 47.

человека от 1789 г., "закон является выражением общей воли". Но воля может быть выражена разными органами, наделенными государственной властью. В условиях парламентского режима закон издается законодательными собраниями. Впрочем, нередко бывает так, что парламент делегирует некоторые из своих прерогатив исполнительной власти. Конституция Франции от 4 октября 1958 г. признала за президентом Республики и за правительством право выражать эту общую волю наряду с парламентом. В ст. 34 Конституции перечислены сферы, оставшиеся в ведении парламента, а все остальные перешли под контроль исполнительного органа. Итак, *закон* в формальном смысле, то есть совокупность положений, исходящих из стен законодательных собраний, отныне стал ограничиваться определенной областью, оговоренной в Конституции. Он не охватывает все правовые нормы, которые одновременно записаны и неизменны, одновременно имеют общий и абстрактный характер, то есть мы имеем дело с тем, что называется "*законом*" в материальном смысле и что включает в равной мере и регламентарные (подзаконные) акты (1).

Итак, запомним, что юридические правила имеют некоторую функцию, происхождение, предполагают некоторые санкции, и отличаются особыми чертами от других правил, регулирующих жизнь в человеческих обществах.

## §2 Специфика юридических правил

38. Формальное определение права, если к нему подходить как к совокупности правовых предписаний, может создать впечатление слишком узкого видения предмета, поскольку замыкается в таком случае рамками позитив-

(1) Об иерархии (юридических) текстов см. *ниже*, п<sup>ос</sup> 70 et s.

ного права и ограничивает его представлением о законопослушности (строгое соблюдение закона), которое строится только вокруг понятия государства, издающего правовую норму и санкционирующего ее действие. Действительно, право может быть позитивным только посредством постановления власти, которая его полагает и утверждает в качестве объективной истины (1). Верно также и то, что *юридическое правило* — это ни результат импровизации, ни произвол и что оно происходит из большого числа факторов различной природы: материальных и формальных, социологических и идеологических, исторических и актуальных... Право нельзя сводить к формальной совокупности правил, которые выступают не больше чем его выражением в данный момент и в данном обществе. Эти правила еще не все право, они являются лишь его главным инструментом. В то же время они образуют очень специфическую категорию среди тех правил, которые управляют жизнью людей, и прежде всего их необходимо соотносить с моральными правилами (А) и социальными правилами (Б).

#### А • Юридические правила и правила морали

39. Во все времена философы и юристы уделяли большое внимание вопросу о соотношении права и морали (2). Еще и сегодня ряд видных авторов высказывает мысль о том, что "естественное право — это по сути право в сжатом виде... право в себе", соответствующее "природе, которой захотело наделить себя человечество" и "элементарной социальной физике" (3). В традиционных учениях

(1) C. Atias, "Quelle positivité? Quelle notion de Droit?" *Arch. Philo. du Droit.*, XXVII, pp. 209 et s., n° 18.

(2) См. *выше*, n° 16 et s., 24 et s. См. также, например, Ph. Jestaz "Pouvoir juridique et pouvoir moral" *Me Gill Law Jojournal*, Vol. 32, Sept. 1987, p. 833 et s.; V. Petev "Wie moralisch ist das Recht?" *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* LXXIV 3 1988, p. 348 et s.

(3) Ph. Jestaz, art. *Précité Rev. Tr. Dr. Civ.*, 1983, pp. 233 et s.

естественного права граница между правом и моралью размыта: цель закона — реализовать справедливость, а представление о справедливости восходит часто к божественному откровению. Так думал святой Августин, и церковное право в значительной мере восходит к "заповедям, данным в откровении". Мусульманское право, где оказались смешанными религиозные или моральные правила и позитивные правила, восходит к Корану, своду высказываний из слова Божия, и к откровению пророка. Право у индусов также несет на себе печать религии брахманов и истин, данных в откровении (1).

Даже в тех правовых системах, которые основаны главным образом на позитивных правилах, порожденных органами государственной власти, считается, что право должно максимально закрепить решения, считающиеся справедливыми; и каждый стремится преуспеть в этом — в пределах свободы толкования закона или его применимости к конкретным фактам, свободы, которую предоставляет сам закон. Справедливость — это понятие морального порядка, учитывать которое пытается каждый в меру своих возможностей. Законодатель подталкивает, а иногда и обязывает к этому судебную власть, хотя для французского права такое явление остается пока большой редкостью (2). Ж. Рипер считал, что между *юридическим правилом* и *правилом морали* не существует различий природного свойства, и утверждал, что право, даже в наиболее технических своих частях, всегда руководствуется моральным законом (3). Жоссеран пошел дальше, он отрицал существование какой-либо

(1) См., например, G. Marty et P. Raynaud, *op. cit.* n° 5; см. также "Dimensions religieuses du droit", *Arch. Philo. du Droit*, T. XVIII (1973).

(2) Напр., ст. ст. 565, 1135 или 1244 Гражданского кодекса Франции, неосновательное обогащение и т.д.; G. Marty et P. Raynaud, *op. cit.*, n° 127; о справедливости см. P. Sanz de Alba, *Quelques aspects de l'équité*, These Aix, 1980.

(3) G. Ripert, *La régie morale dans les obligations civiles* (1949), n° 13—18.

границы между правом и моралью, поскольку, по его мнению, право — это не что иное как "мораль, наделенная способностью принуждения" (1).

В противоположность вышеизложенным мнениям Кант (2), отрицавший метафизическую основу всяких трансцендентных моральных систем, выводит моральное правило из автономной воли человека. Так, по мнению Канта, мораль имеет происхождением не что иное как "внутренний голос" каждого человека, а не приказ извне, в то время как право есть правило жизни, выведенное и применяемое под давлением социального фактора. Для Канта, как и для его предшественников, сферой, интересующей право, оставались только действия, "внешний мир", а не побудительные причины, вдохновляющие такие действия, в то время как мораль соотносилась со сферой мотивов, управляющих поведением человека, с его "внутренним миром", а не с конкретными действиями. Мы видим, таким образом, слабую сторону этого анализа — его чрезмерную категоричность.

Предпочтительным выглядит такой подход, который (например, у Рипера) (3) допускает необходимость формирования власти права на основе позитивной концепции, но при этом соглашается с другой необходимостью — призвать мораль к разработке правового порядка, даже если при этом не удастся ограничиться общей и зыбкой идеей справедливости. *Таким образом, есть возможность, избегнув противоречий, с одной стороны, признавать существование отношений между фактами социального порядка и правом (4) и ролью органов государственной власти и, с другой стороны, страстно желать безусловно необходимой конвергенции права и морали.*

(1) Josseland, *De l'esprit des droits et de leur relativité* (1927), n° 254.

(2) См. P. Roubier, *op. cit.*, n° 6.

(3) G. Ripert, *ibidem*.

(4) См. *ниже*, n° 148 et s.

Рубье справедливо заметил, что "принципиального противоречия между правом и моралью нет", однако, если рассматривать право как такое право, целью которого становится порядок в обществе, а морали отводить роль такой морали, которая стремится к индивидуальному совершенству, юридическая оценка оказывается "объективной и двусторонней", в то время как моральная оценка — "субъективной и односторонней". Из этого Рубье выводил безусловные и принципиальные отличия между правом и моралью (1).

40. Прежде всего право и мораль отличаются друг от друга своими *источниками*. Мораль происходит из религиозных заповедей, социальной этики, социологических или биологических наблюдений или из опыта индивидуального познания, а юридические правила или правовые нормы являются результатом предписаний уполномоченных органов государственной власти и, по замыслу, должны представлять волю народа.

У права и морали различные *конечные цели*. Цель морали — совершенствование человека, в то время как право стремится не более чем к надлежащей организации жизни в обществе. В центре внимания морали — долг человека перед самим собой, перед его идеями, его религией, его ближним, и она обращается к внутреннему миру человека, в то время как право интересует только поступки людей в рамках жизни в обществе. Правовое суждение, или приговор, выносится не "судом совести", но в зале судебных заседаний.

В качестве главного отличия, что иногда не бесспорно (2), называется характер правовой *санкции* и *санкции* в сфере морали. Уважение к праву гарантируется пониманием того, что за нарушением последует санкция на социальном уровне; мораль же предусматривает санкции лишь на уровне сознания индивида, что выражается внутренним

(1) P. Roubier, *ibidem*.

(2) M. Virally, *op. cit.*, p. 77; см. также *выше* n° 34.



гипотетическим суждением или осуждением со стороны окружающих. Это отличие не может быть поглощено тем фактом, что в традиционных обществах нарушение моральных правил вызывает соответствующую реакцию общества и что, наоборот, репрессии правового порядка могут выражаться некоторой популярной акцией, некоторым общественным осуждением или, что имеет место в ряде обществ, в исключении из церкви, изгнании или других санкциях религиозного порядка. С момента, когда позитивное право закрепило подобные санкции, они становятся правовыми санкциями, потому что они организуются членами общества. Наконец, право и мораль имеют *отличия технического порядка*. Мораль более субъективна, размыта и переменчива, и ей для того, чтобы обеспечить нормальную организацию социальных отношений и правовую безопасность, столь необходимую для любого человеческого общества, не хватает силы принуждения, четкости и реализма.

Однако и юридические правила, если они и обеспечивают такую организацию социальных отношений, не являются исключительными факторами, которые этому способствуют.

## **Б • Юридические и другие социальные правила ^ - ^ -**

•41. Совместная жизнь требует от членов общества определенных действий, необходимых для успешного сосуществования людей. Эти действия, сведенные в типы поведения, выражаются в "нравственных правилах", которые вводятся под воздействием группы, но не формируют юридических правил. Эти отличные от юридических социальные правила очень разнообразны: это и правила приличия или вежливости, и правила, порожденные культурой, такие, как правила гигиены и терапии, "технические правила организации работы в мастерских, на заводах, в магазинах, бюро, упорядоченные и унифицированные во все времена посредством обычая", "язык", "нормы телесного развития" или "техника

владения телом" (преобладание правой руки, привычка сидеть определенным образом)... Установлено, что все это не подчиняется только инстинктам, но "регулируется также другими, неотслеживаемыми факторами" (1). Если сюда добавить еще мораль и религию, то мы должны будем констатировать, что все подобные правила соответствуют явлениям социальной психологии, являются результатом столкновения большого числа систем нормативного порядка, существующих в недрах общества, одни из которых формируются в социальном пространстве, а другие находят место в индивидуальном сознании.

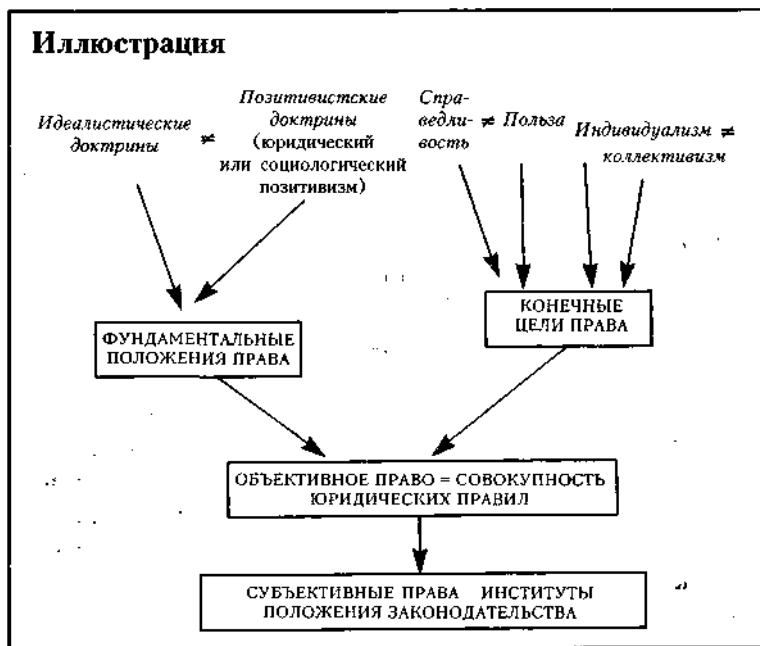
В течение долгого времени специалисты ограничивались тем, что различали право и обычаи. Затем они вывели религию и мораль за рамки подобной классификации с целью ограничить категорию "обычая" практикой недуховного свойства. Американские социологи среди последних стали различать "folkways", другими словами, способы жизни группы (например, традиции одежды или питания), и "mores" — этим термином стали определяться действия (сведенные в типы поведения), более близкие к тем, которые касаются права и незнание которых приводит к нанесению ущерба окружающим людям и вызывает другую, отличную от правовой, реакцию общества (например, принуждение соблазнителя выполнять определенные обязательства по отношению к соблазненной девушке). Известны и другие типологии.

Здесь мы хотим сказать, что в условиях существования большого числа социальных правил, отличных от правил юридических, особая задача права заключается в том, чтобы "суметь усвоить любое другое социальное правило". Иными словами, речь идет о "нейтральном характере юридического правила". Юридическое правило как таковое сравнимо с "прозрачным сосудом", отвечающим опреде-

(1) J. Carbonnier, *Essais sur les lois* (1979), pp. 251 et s.; A. Well et F. Terré, *op. cit.*, n° 11.

ленным критериям (1). Вместе с тем такое правило в зависимости от конкретной системы может получать особое содержание, приспособленное к определенным требованиям, которым оно должно удовлетворять. Некоторые правила не применимы как "узаконенные средства управления", они как бы умалчиваются законом, потому что слишком абстрактны для того, чтобы быть адаптированными к тонким нюансам реальной жизни и частным случаям: принято говорить (2), что традиционное китайское право в большей мере основывается "на чувстве приличия и знании обычаев", а также на умении чувствовать другого человека, чем на собственно нормах. Данное право многое берет из традиционной жизни.

Но это лишь к слову о том, насколько разнообразными могут быть источники права.



(1) Ibidem.

(2) G. Marty et P. Raynaud, *op. cit.*, n° 5.

## Глава 2

# ИСТОЧНИКИ ПРАВА

42. Термином "источники права" принято обозначать одновременно содержательные и формальные источники права (1).

Юридические правила отнюдь не лишены причин, и их происхождение связано с некоторыми скрытыми от внешнего взора данностями. Это и самые разнообразные принципы: моральные, религиозные, философские, политические, социальные, идеологические — те, которые управляют позитивными правилами, служат их идеологической основой, и те, которые восходят к философии права (1 bis). Это в равной мере и факты социальной действительности (2), и требования ситуации, складывающейся во времени (3), пространстве (4), в области технических средств права, определяющих его ориентацию и содержание. Одним словом, это прежде всего "созидательные силы права" (5), составляющие его *содержательные (сущностные) источники*, и называются они так потому, что обеспечивают нормы материальной основой.

Источники права предполагают также "способы формирования юридических норм, то есть приемы и акты, по-

(1) Относительно такой классификации см. P. Roubier, "L'ordre juridique et la théorie des sources du droit", in "Le droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle", Etudes offertes à G. Ripert, éd. L.G.D.J., Paris, 1950, T. I. p. 9 et s.

(1bis) См. выше, n° 15 et s.

(2) См. ниже n° 148 et s.

(3) См. ниже n° 94 et s.

(4) См. ниже n° 123 et s.

(5) G. Ripert, *Les forces créatrices du droit* (L.G.D.J. 1955).

средством которых эти нормы вызываются к жизни, становятся составной частью позитивного права и обретают статус норм закона" (1). Итак, это и есть *формальные источники* права, "малочисленностью которых предопределяется их участие во всех юридических системах и их склонность к систематизации" (2). Именно об этих и только об этих формальных источниках пойдет речь в настоящей главе. Хотя значимость и авторитет этих источников варьируются, что зависит как от конкретной юридической системы, так и от эпохи и страны; из всех них можно выделить закон, обычай, судебную практику и толкование законов (или учений). Принято выделять также "источники письменные", например, закон, и "источники неписьменные", например, обычай, или "источники прямые", например, закон и обычай, и "косвенные", например, толкование закона и судебная практика, которые, по мнению некоторых видных авторов, являются всего лишь определяющими (авторитетными) факторами, но не источниками французского права (3); еще выделяются "официальные источники", порождающие формальные правила, каковыми являются закон и судебная практика, и "источники неофициальные", которые порождают только неформальные правила, например, обычай и толкование законов (4).

Мы не станем сейчас задерживать свое внимание на этих разнообразных классификациях, но считаем необходимым подчеркнуть, что признание формальных источников права и обязательного характера правил, порождает

ных ими, предполагает некую правовую ситуацию". Эта ситуация должна, в свою очередь, предполагать такое положение, когда публичные власти честно соблюдают правила, составленные и принятые без умысла использовать их в своекорыстных целях: как ширму или как инструмент произвола и т.п. (1). При выполнении данного условия теория источников права подчиняется тому, что однажды было названо "due process of law" (процесс реализации права), и это позволяет праву выполнять свою функцию — подчинять "поведение людей власти правил" (2).

43. Следует ли исключать из правовых источников акты, формирующие только индивидуальные правила? Этот вопрос связан с самим понятием юридического правила, одним из главных атрибутов которого, как кажется, выступает его общий характер. Закон имеет общий характер, потому что он может быть применим в отношении любого лица, соответствующего предписываемым условиям, а не только какого-то конкретного лица. Принцип, согласно которому закон имеет общий характер, позволяет в таком случае различать индивидуальный приказ и общее правило.

В то же время некоторые авторы, особенно это касается австрийской школы, классифицируют чисто индивидуальные правила как юридические правила и располагают их в нижней части иерархии юридических правил. Можно согласиться с тем, что решения органов правосудия, административные решения, частные соглашения... имеют ценность только в случае их соотнесения с правилами более общего свойства и что юридические акты являются средствами, позволяющими создавать конкретные нормы, индивидуальные правила, которые признаются их авторами или вменяются их адресатам... Верно и то, что современ-

(1) M. Virally, *La pensée juridique* (L.G.D.J. 1960), p. 149.

(2) Ibidem; см. "Sources du Droit", in *Arch. Philo. du Droit*, T. XXVII (1982)

(3) J. Carbonnier, *Droit civil—Introduction les personnes* (P.U.F. 1<sup>re</sup> éd.), n<sup>os</sup> 22 et s.

(4) J. Dabin, *Théorie générale du Droit* (éd. Dalloz 1969), n<sup>os</sup> 26 et s.; P. Roubier. *Théorie générale du droit* (éd. Sirey 1951), n<sup>o</sup> 2.

(1) Ch. Perelman, *Logique juridique — nouvelle rhétorique* (Dalloz, 2<sup>e</sup> éd. 1979), *rf* 76.

(2) Lon Fuller, *The morality of law* (New Haven, Yale University Press, 1964), pp. 38 et 81 et s.

ная эпоха стала свидетельницей стремительного распространения "актов-правил", "договоров о присоединении", "типовых договоров", договоров о создании ассоциаций или обществ, коллективных договоров... из которых происходят нормы, применимые к целой категории или сообществу людей. И наоборот, предназначение любого общего правила состоит в том, чтобы приобретать индивидуальные свойства, поскольку если оно имеет общий характер в части своей абстрактной формулировки, то в части своего применения (к конкретным лицам) оно неизбежно будет индивидуальным (1). Итак, мы не можем отрицать того, что индивидуальные акты порождают для тех, кого они затрагивают, новые правила и таким образом изменяют общий правопорядок, как и того, что общие правила реализуются только в частных случаях их применения.

В то же время мы не видим оснований полагать, что судебные приговоры, договоры или административные решения, составляющие категорию индивидуальных предписаний, могут сами по себе квалифицироваться как правовые источники, поскольку они не образуют норм, способных регулировать бесконечный ряд случаев. Сфера действия этих актов весьма ограничена: они распространяются только на их авторов или адресатов, хотя есть исключения и из этого правила. Прежде всего здесь имеются в виду обычные и естественные действия переходного свойства, иногда намеренные, — их можно расположить между правилами, составляющими правовую систему, и индивидуальными предписаниями. Общие положения, подлинно юридические правила, вменяются лицам, на которых они нацелены, сразу, с момента вступления в силу и автоматически, причем иногда без посредничества специального юридического акта. В противоположность этому появление индивидуального предписания предполагает определенный акт, часто сложный по структуре; с этим актом

связаны конкретные последствия, а его законность зависит от его соответствия положениям позитивного права (1). Отсюда следует, что индивидуальные акты не имеют прямого воздействия на общую правовую систему, но только косвенное; видимый эффект на поверку оказывается применением юридической системы и тенью, которую юридические правила бросают на поле фактов.

Нам не следует пренебрегать важной ролью новых форм юридических актов, в определенной мере наделенных общим характером и поэтому могущих выступить в качестве вспомогательных источников права. Вместе с тем нельзя квалифицировать источники права как средства формирования общих правил. Это касается и непосредственного создания правила в его общей и абстрактной части, что имеет место в случае с законом; это касается также и постепенного вызревания правила, которое происходит путем повторения аналогичных поступков или похожих решений, что имеет место в случае с обычаем или судебной практикой.

Теперь мы видим, что гетерогенность (неоднородность) источников права (Раздел 1) не исключает существования между ними отношений комплементарности (взаимодополняемости) (Раздел 2).

(1) J. Dabin, *op. cit.* n° 81.

(1) R. Carré de Malberg, *"La loi expression de la volonté générale"* (Paris, Sirey 1931, réédition Economica, Paris, 1984, Préface G. Burdeau)

Если мы допускаем, что право — это всего лишь 44 выражение коллективной воли некоторого общества, тогда эта коллективная воля независимо от способов ее выражения является единственным настоящим источником права (1). В рамках такой социологической концепции происхождение юридических правил и их внешняя форма оказываются всего лишь техническими приемами процесса правового творчества (2). Следуя классическому различению четырех формальных источников права, а именно обычая, закона, судебной практики и толкования законов, мы отмечаем, что они соответствуют прямому и косвенному способам формирования правил. В некоторых случаях в основе юридического правила лежат всего лишь поступки, решения или мнения, которые совершались, принимались или высказывались людьми, не преследовавшими при этом цели создать общие и абстрактные правила. Правило возникало как бы случайно и постепенно, благодаря логическому суждению, которое помогало уловить и сформулировать его. Так, обычай возник из фактов, судебная практика — из судебных решений, толкование законов — из авторских высказываний. В других случаях право может иметь в основе сознательные акты, целью которых было утвердить нормы, имеющие определенное содержание и четкую формулировку. В последнем случае речь идет о прямом способе образования права, соответствующем письменным источникам, закону, который нередко в некоторых правовых системах рассматривается как основной или даже единственный источник

(1) G. Ripert, *op. cit.* n° 125.

(2) H. Lévy-Brahl, *op. cit.* p. 55.

права. В таких системах закон утверждается от имени государства и в качестве выражения общей воли (1).

Мы в свою очередь отмечаем, что закон и судебная практика появляются из недр официальных и специально предназначенных для этого органов, в то время как обычай и даже толкование, как правило, не порождаются институтами, наделенными функцией правотворчества. Мы должны согласиться с тем, что правило, обязательное к исполнению, должно быть известно всем; закон может быть опубликован, и его публикация позволяет информировать все заинтересованные стороны, поэтому считается, что каждый с ним знаком и никто не может от него уклоняться. Возможность публикации закона демонстрирует, таким образом, превосходство права записанного над "обычным" правом (то есть правом, опирающимся на обычай) (2). Но есть специалисты, которые считают, что право утрачивает свою гибкость, когда оказывается изложенным, а обычай сохраняет подвижность, столь необходимую для никогда не прекращающегося процесса адаптации; в таком случае должен возникать "антагонизм между правом и его формулировкой, что отражает более серьезный конфликт между двумя основными потребностями человека: справедливостью и безопасностью" (3). Столкнувшись с таким противоречием и пытаясь разрешить его, юрист должен помнить одновременно о выборе источников (§ 1) и о правосознании (§ 2).

## § 1 Выбор ресурсов

45. В первобытных обществах не существовало ни юридических правил, изложенных письменно, ни даже принци-

(1) R. Carré de Malberg, *"La loi expression de la volonté générale"* (Paris, Sirey 1931, réédition Economica, Paris, 1984, Préface G. Burdeau).

(2) G. Ripert, *op. cit.* n° 125.

(3) H. Lévy-Bruhl, *op. cit.* p. 55.

пов, передающихся устно, но только отдельные изречения и приговоры, на которые испрашивалась воля свыше. В античной Греции "тесмотеты" оглашали решения (правового свойства), которые им диктовало божество. В Риме только в III в. до Р.Х. правовая сфера отделилась от религиозной. В Коране собрано около 500 сур — положений юридического свойства в духе изречений Магомета, основанных, в свою очередь, на откровениях аллаха. В иудейском праве, в первоначальном его виде, пророк возвещал народу приговоры бога (1). Нет сомнений в том, что и правовая система индусов имеет под собой религиозную основу(2)... И только на стадии достаточно продвинутых цивилизаций появляются собственно юридические правила, хотя собрания положений, законодательных по своей форме, возникали гораздо раньше, например, кодекс Хаммурапи у вавилонян, десять заповедей у евреев или закон XII таблиц у римлян. Однако знание права в течение долгого времени оставалось прерогативой жрецов, а позднее было присвоено вождями, то есть право, продукт, возникший непосредственно из мистических источников, право, вышедшее из общественной жизни, было узурпировано властью. Позднее, по мере развития общественных форм жизни и с целью ограничения монополии власти, превратившейся в институт угнетения народных масс, стала ощущаться потребность в осознании того, что есть право, потребность в обнародовании юридических правил, в доведении их до широких масс, независимо от того, возникли ли эти правила самопроизвольно (спонтанно) или посредством специальных предписаний (А). С развитием государства официальные источники права стали преобладающими, причем их происхождение — легальное или преторианское (Б) — было связано с проблемами технического порядка.

(1) E. Antonelli, "Le droit institution sociale "in Mélanges Roubier (Dalloz Sirey 1961) T. I, p. 7 et s. not. p. 23 et s.

(2) R. David, *Les grands systèmes de droit contemporains* (éd. Dalloz, 8<sup>e</sup> éd. Par C Jauffert — Spinosi, n<sup>os</sup> 448 et s.).

#### **А • Правило, возникшее самопроизвольно (спонтанно), и правило, введенное путем предписания: социологический феномен**

**46.** Процесс осознания источников права как таковых связан с тем, в какой мере право понимается как явление социального порядка, и с социологическими условиями его (права) вызревания. Право возникает из коллективной воли различных групп, не обязательно какой-то нации, но и групп, действующих на внутри- или на наднациональном уровне; право является результатом влияния групп, объединенных по профессиональному, духовному признакам, групп давления (или лоббистских групп); право обусловлено различными интересами: экономическими, политическими, социальными... Однако, что зависит от конкретного случая, юридическое правило может быть *самопроизвольным (спонтанным)*, поскольку выделяется непосредственно социальной группой, или *предписанным*, потому что исходит от какого-то официального и наделенного соответствующими полномочиями органа и порождено волевым актом органа общественной власти, законодателя или судебной инстанции. Согласно первой гипотезе юридическое правило восходит к *обычаю*: оно основано на общем устоявшемся опыте и на прецедентах, отражающих закрепившуюся практику, результат консенсуса всей социальной группы, которая воспринимается как в целом сообразная праву. Таким образом, обычай выступает в роли общенародного и обезличенного способа формирования правовой системы. Это объективный, не организованный источник права, который опирается на осознаваемую или не осознаваемую традицию социальной группы, а не на волевой акт какого-либо органа власти. То есть обычай характеризуется интуитивным и спонтанным характером, и этим объясняется тот факт, что он не формулируется намеренно и точно в виде приказа или правила. В то же время мы отмечаем, что эволюция обычаев иногда

приводит к их упорядоченному воспроизведению в письменной форме с целью обнародования и применения. Во Франции Карл VII распорядился, чтобы обычаи были изложены в письменной форме, имеется в виду Монтиль-ле-Турский указ 1453 г. Существуют сборники местных обычаев, издававшиеся по приказу французского министерства внутренних дел в течение второй половины XIX в.

Помимо обычая, норма может проистекать из произвольных актов государственной власти, нацеленных на ее законодательное закрепление, формулировку, обнародование и внедрение, и тогда она является результатом такого способа формирования права, который можно назвать *предписательным*. Проистекая из официальных источников, *закона или судебной практики*, право в таком случае вменяется гражданам в одностороннем порядке, путем авторитарных и централизованных мероприятий. В либеральных системах позитивное право изобилует оговорками, задача которых ограничить действия государства рамками в виде условий, способных предотвратить злоупотребления. Различение Конституции, закона и подзаконного акта и, в рамках федеральных образований, компетенций федерального центра и региональных властей нельзя считать чисто формальным, поскольку оно соответствует таким "материальным" характеристикам власти, как ограничение и равновесие (1). В данном случае в роли закона, в широком смысле этого слова, выступает всякое правило — записанное, общее и неизменное — обнародованное государственной властью в виде приказа. Некоторые юридические системы, например, французское право после принятия Конституции 4 октября 1958 г., наделяют неодинаковым статусом документы, издающиеся парламентом, и документы, выходящие из недр исполнительной власти. Однако подобное различие закона и подзаконного акта лишь

уточняет модальности выражения юридических правил, основанных на официальных и сознательно составленных общественными органами источниках. Законодательство также имеет свои отличительные черты: оно выражено и изложено в четких и законченных формулах. С момента своего появления оно утверждается и сохраняется в терминах первоначальной редакции вплоть до возможного изменения, санкционируемого новым законом.

47. Теперь нам становятся видны преимущества и неудобства обычая и закона.

*Закон* имеет недвусмысленную формулировку и дает, таким образом, гарантии своего выполнения, чем не может похвастаться обычай, более пространный, подвижный и неопределенный. Благодаря этому закон может переживать эпохи и события и не изменяться, хотя его интерпретация при этом может проделать значительную эволюцию. Закон может быть без труда обнародован и доведен до каждого. Но по тем же причинам он может быть в любой момент отменен, потому что то или иное изменение может оказаться естественным и логичным или потому, что законодателя понуждает к решительным действиям напряжение в обществе, грозящее вылиться в разрушительные последствия. Таким образом, письменные источники, благодаря ригидности своих формулировок, в принципе играют роль факторов защиты и стабильности права, но в то же время могут стать причиной внезапных и радикальных изменений существующего порядка, если стремительные перемены распространятся на сферу государственной власти. Более того, фиксированный характер закона выступает фактором, замедляющим его адаптацию к социальной эволюции. Эта черта закона может вызвать отрыв права от реальных фактов. Сразу после утверждения закона он начинает стареть и постепенно утрачивает силу. Судебная практика пытается поддержать его актуальность, демонстрируя иногда удивительную изворотливость и прибегая к разнообразным ухищрениям.

(1) M. Virally, *op. cit.*, pp. 150 et s.

Напротив, *обычай*, появление и эволюция которого обусловлены количеством и постоянством прецедентов в социальной и правовой сферах, а также общим консенсусом, отражает пластичность фактов и заимствует переменчивость у социальных отношений. Ценность прецедента в принципе не зависит от воли государственной власти. Таким образом, обычай проявляется как способ постоянного формирования права. Он сохраняется лишь в той мере, в какой факты выражают его реальность. Каждый случай нового применения является новым прецедентом (обычая), и каждая новая форма по-своему моделирует содержание обычая. Если прекращается применение обычая, он переходит в разряд устаревших. В качестве противовеса такой пластичности обычай имеет и неудобства: он не отличается четкостью, его трудно понять и сформулировать. Его содержание удастся выявить индуктивным путем, из конкретных фактов, но часто эти факты невидимы. И все-таки право обычая может быть отслежено и воспроизведено, а то и упорядочено в соответствующих сборниках, как это и случалось прежде во многих юридических системах и случается сегодня: например, к основанным на обычае можно отнести правила торговли или профессиональные правила. Следует отметить также, что, получив формулировку, обычай застывает в развитии и все больше напоминает, если не по происхождению, то, во всяком случае, по форме выражения, законодательство.

48. Теперь мы видим, что "понятие "обычного" права не так уж и непримиримо с идеями организованного общества, живущего "по законам" (1). Впрочем, приходится констатировать, что в современных обществах обычай отступает перед лицом усиливающейся роли государства, в то время как официальные источники права, закон и суд, развиваются непрерывно (2).

(1) J. Dabin, *op. cit.*, n° 24 et 32.

(2) J. Dabin, *op. cit.*, n° 33.

Появление законодательной власти относится к достаточно позднему периоду в развитии обществ (1). Первобытные народы жили в условиях обычного права. Народностям Африки, Океании и Азии еще и теперь известны только обычаи, а тот факт, что эти обычаи сохраняют священный характер, во многом способствует их авторитету. Вся Западная Европа, начиная с эпохи империи Каролингов, прошла через период господства обычного права, которое впоследствии было переложено и, как мы можем судить, зафиксировано в основных своих чертах. Именно Франция стала той страной, где в XIX в., с введением Кодекса Наполеона закон превратился в главный и почти исключительный источник права (2). Эта тенденция кодификации распространилась на большое число юридических систем мира. Законодательное закрепление и усиление роли государственной власти, роли законодательных и судебных органов неизбежно ведет к тому, что обычай утрачивает свои позиции, а на передний план выдвигается закон или право, поддерживающие режим и вырабатываемые его органами. Такое положение вещей не исключает полностью обычай из состава источников права. Однако роль, которую сохраняет за собой обычай, заметно редуцируется и имеет чисто вспомогательный характер. В современном французском праве законодатель в некоторых случаях ссылается на обычай, указывая на это прямо или умалчивая; например, так обстоит дело с "правилами приличия". Обычай и общепринятые правила иногда принимаются самостоятельно, "*praeter legem*"\*, как дополнение к закону или пояснение к подзаконному акту. Принято считать, что обычай не может использоваться "*contra legem*"\*\* (3). Нет никаких

(1) M. Virally, p. 153; см., например, относительно источников африканской системы права, N. Rouland, "*Anthropologie juridique*" (*éd. P.U.F.*, 1988, n° 117 et s.).

(2) H. Lévy-Bruhl, *op. cit.*, pp. 64 et s.

\* — наряду с законом.

\*\* — вопреки закону.

(3) J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 28.



оснований считать, что право не должно отменять обычай, как нет оснований спорить с тем, что обязательность исполнения обычая должна подкрепляться решениями судебных властей. Таким образом, теоретически обычай может сохранять за собой только те место и роль, которые ему готовы уступить официальные источники права. Закон и судебная практика, со своей стороны, предполагают достаточно высокую степень развития цивилизации; но чем больше структурировано общество, тем более сложные формы получает организация властных органов, тем сильнее давление со стороны официальных источников права. В то же время довольно часто мы отмечаем, что закон опирается на обычай и исполнен духа обычая. Кодекс Наполеона заимствовал добрую часть своих положений у прежних обычаев. Так, известный юристам обычай, заставляющий человека учиться, представленный различными формулами, максимами, общими принципами, рекомендациями, практикой... по-прежнему играл в этом кодексе заметную роль (1). Во Франции с XVI в. традиция толкования законов стала обращаться также к обычаям, чем можно объяснить эволюцию последних. Дюмулен, д'Аржантре, Ги Кокий, Луазель... отмечали, что печать обычаев лежит на старом французском праве. Труды Потье в XVIII в. и особенно Дома в XVII в. оказали глубокое влияние на сферу права, во многом определили направленность наполеоновского Кодекса.

Мы констатируем, что во всех современных обществах наблюдается систематическая мутация в направлении от спонтанного права, "обычного" по своему характеру, к предписательному праву, порождению официальных источников. Эволюция в правовой сфере, таким образом, протекает параллельно эволюции в сфере социальной.

В рамках официальных источников также существует выбор — между законом и прецедентом (судебной практикой), и выбор этот зависит от явлений преимущественно технических по своему характеру.

(2) *Ibidem*.

## **В • Легальное правило и правило преторианского типа: технический фактор**

49. Независимо от партикуляризма различных национальных правовых систем, действующих в каждой стране, независимо от различий, обусловленных эпохой и конкретным вопросом, все *юридические системы народов романо-германской языковой семьи* отмечены преобладанием записанного закона, который, не будучи исключительным источником права, всегда играл и продолжает играть очень важную роль. Эта черта объясняется сложившейся у этих народов прочной традицией письменного права и влиянием романского права, то есть тенденцией, которая опирается также на принципы демократии и на идею, согласно которой закон является лучшим техническим средством для утверждения достаточно ясных, точных и понятных людям юридических правил. В конечном итоге данная тенденция является отголоском распространившейся в XIX и XX вв. волны кодификации и наиболее ярко проявившейся в виде Кодекса Наполеона во Франции, а еще раньше — в скандинавских странах. Страны континентальной Европы не стали единственными, где возобладала эта система, она получила распространение по всему миру, но особенно в Южной Америке, в ряде стран Африки, на Ближнем Востоке и даже в странах Дальнего Востока (1). Несмотря ни на что прецедент (судебная практика) по-прежнему играл существенную роль во всех этих странах, хотя его значимость могла варьироваться и была неодинаковой как в разных юридических системах, так и в рамках одной системы — в разные эпохи и в связи с

(1) R. David et C. Jafffret-Spinozi, *op. cit.*, n° 25 et s. О методах кодификации см. J. L. Bergel, "Principal features and methods of codification" (Louisiana Law Review, Vol. 48-5-1988, 1073 etc.); "Les méthodes de codification dans les pays de droit mixte", in "La formation du droit national dans les pays de droit mixte", (Aix-en-Provence, R.U.A.M. 1989, p. 21 et s.).

различными конкретными вопросами: всем этим юридическим системам были одновременно присущи схожая иерархия документов и аналогичная диверсификация источников права.

50. Другие системы права, так называемого "обычного права" ("common law"), образцом для которых служит английская правовая система, являются преимущественно системами прецеденциальными (основаны на судебной практике). В Англии авторитет романского права никогда не признавался; здесь не существует Конституции, изложенной письменно. Закон в классическом понимании этого слова выступает здесь лишь в качестве второстепенного правового источника и ограничивается перечислением "списка оговорок и дополнений к основному корпусу английского права, которое, в свою очередь, представляет собой право, порожденное судебной практикой" (1). Таким образом англосаксонские правовые системы в основе своей строятся на "case laws" ("прецедентные права"). "Common law" ("общее право") складывалось в королевских дворах Вестминстера. Система правил, составляющих корпус "equity" ("справедливости"), складывалась главным образом в XV—XVI вв. из судебной практики Канцлера (верховного судьи Англии); эти правила должны были использоваться в качестве дополнений, а иногда и поправок к положениям системы "common law", поскольку последняя в то время стала недостаточной и ущербной (2); в корпусе "equity" есть даже толкования принципов справедливости, когда они вступают в противоречие с формальным правом. Несмотря на "слияние корпусов common law и equity", произошедшее на основании т.н. "Judicature Acts" ("Законы о судостроительстве") 1873 и 1875 гг., на практике их различие сохраняется. В отсутствие самодостаточной правовой системы, изложенной пись-

менно, роль судебной практики в Англии сводилась не только к тому, чтобы применять, но и создавать юридические правила, которые мы можем сегодня найти в "the reasons" ("мотивы"), в "ratio decidendi" ("основания решения"), в решениях, принимаемых судами высшей инстанции. Таким образом, юридическое правило в английской правовой системе традиционно проистекает из отдельного случая: по поводу этого случая оно было сформулировано и стало необходимым основанием для вынесения по нему приговора (1). Поэтому судебные решения в англосаксонских правовых системах приобретают особую силу: правила должны исполняться, в противном случае под сомнение будут поставлены прочность и единство правовой системы в целом. Обязанность уважать правила, установленные судьями, "уважать прецеденты судопроизводства" ("stare decisis") соответствует логике правовой системы, основанной на судебной практике: XIX в. был отмечен усилением роли "правила прецедента", что было необходимо для обеспечения единства британской системы правосудия. Следует отметить, что сами эти обязательные прецеденты стали результатом решений судов высшей инстанции, а именно "Supreme Court of Judicature" ("Верховный суд юдикатуры") и "палаты лордов" (2).

Система "common law" ("общее право") помимо английского права распространяется практически на все страны англоязычного мира и играет важную роль в тех странах, которые были или остаются членами Британского

(1) В противоположность "obiter dictum" — показания, которые не обязательны для разрешения тяжбы и могут быть в любой момент подвергнуты сомнению.

(2) R. David, *op. cit.* par C. Jauffret-Spinosi, n<sup>os</sup> 333 et s.; M. Zander, "The law making process", (éd. Weidenfeld & Nicolson, Londres 1985); V. Petev, "Methodenfragen in Englischen Rechts", (Rechtstheorie 1984, S. 213. 214); см. также о достоинствах правила прецедента: B.N. Cardozo, "The nature of the judicial process", (New Haven and London, Yale University Press, 2<sup>e</sup> ed. 1949, p. 142 et s.).

(1) R. David et C. Jauffret-Spinosi, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 342 et s.

(2) R. David, *op. cit.* par C. Jauffret-Spinosi, n<sup>os</sup> 296 et s.

содружества. Данная правовая система сыграла свою, совершенно особую роль в становлении правовой системы Соединенных Штатов; родство последней, наличие в ней прямых аналогий с английским правом очевидны, хотя есть и принципиальные отличия, связанные главным образом с обособлением федерального права и правовых систем отдельных штатов. Кроме того, следует отметить, что со времен получения Америкой независимости Соединенные Штаты обладают федеральной Конституцией и прилагаемой к ней Декларацией прав человека, причем эта Конституция играет роль правового фундамента общественных институтов и свобод; в таких условиях закон, изложенный письменно, очень быстро приобрел в американском праве вес, необычайный для правовых систем в духе "common law", а жесткость правила прецедента была смягчена учреждением верховных судов. В реальности, если во всех англосаксонских системах правила законодательного свойства кажутся одиночными и в полной мере ассимилируются только путем толкования и применения, за которое отвечают судьи, их роль никогда не прекращала расти с появлением феномена дирижизма. Оживление законодательной тенденции стало здесь ощущаться в современную эпоху, особенно после Второй мировой войны: в настоящее время "statute law" ("статусное право") занимает во всех англосаксонских правовых системах место, сравнимое с тем, которое прежде занимало общее право. Парламент настаивает на том, чтобы законы, за которые он проголосовал, применялись на практике, а судебная власть контролировала это применение.

Если мы вспомним о существенной важности юридической практики для применения, толкования, пополнения и омоложения закона и о "нормативной власти", которая теперь стала за ней признаваться во многих романо-германских правовых системах, мы вынуждены будем признать, что межа, которая раньше разделяла эти системы и правовые системы англосаксонского мира, постепенно заполняется. Как первые, так и вторые с некоторого времени используют закон и су-

дебную практику как конкурирующие друг с другом и взаимодополняющие источники права; даже если учесть, что такая характеристика закона и судебной практики не признается за ними всеми специалистами, она достаточно хорошо выражает конкретную важность этих феноменов в процессе формирования и эволюции права в разных странах.

Впрочем, это наблюдение нуждается в нюансировке для того, чтобы его можно было соотнести с ситуацией в социалистических странах.

51. Большинство *социалистических* государств, СССР, а особенно другие социалистические страны Европы, используют романскую правовую традицию. Несмотря на глубокие идеологические и содержательные противоречия с правовыми системами западных государств социалистические основаны на законе, как и все системы романо-германской семьи народов. Однако закон наделен здесь намного более значительной и даже исключительной ролью. В этих странах учение о государстве и праве отрицает принцип разделения властей в пользу принципа единства власти. Конституциями определяются функции судов, которым почти везде в качестве основной задачи вменяется "защита политического и общественного режима государства" (1). Миссия судебной практики сводится исключительно к применению закона, она не выполняет законотворческой роли. В то же время Верховный суд СССР издает директивы и распространяет циркуляры, обязательные для исполнения всеми судебными инстанциями; эти директивы и циркуляры должны направлять работу судов в деле применения законов. Несмотря на некоторые технические расхождения такое же подчинение судебных властей власти государства мы отмечаем в других народных республиках. Согласно марксистско-ленинской доктрине

(1) Здесь необходимо отметить особое положение Югославии, где судье эта задача не вменяется.

"любое коррективное толкование" противоречит принципу социалистической законности и первичности права. Впрочем, этого постулата оказалось недостаточно для того, чтобы нейтрализовать партикуляристские тенденции и собственные традиции социального устройства стран-сателлитов СССР. В Польше, Венгрии, Чехословакии, Югославии судьи сохраняли права настоящих юристов, а за судами по-прежнему были закреплены более свойственные для них полномочия. Было бы ошибкой полностью отрицать их роль новаторов, хотя она и проявлялась в их деятельности в очень ограниченных пределах.

52. В конечном счете мы констатируем, что во всех развитых странах право в основном, если не во всем, происходит из официальных источников, закона и судебной практики. Если взаимоотношения законодателя и судьи варьируются от одной правовой системы к другой, а в рамках одной (национальной) системы зависят от эпохи и конкретного вопроса, то это может объясняться техническими причинами. Романистические корни некоторых правовых систем, их политическая и конституционная идеология, их традиция полагаться на закон, изложенный письменно, предопределяют господство закона. Отсутствие самостоятельного корпуса письменно изложенных правовых положений в системах англосаксонского мира, другая историческая традиция и почитание королевских судов породили здесь правовую систему, основанную на прецеденте (судебной практике). Во французском праве то же самое имело место, когда судья, занимающийся административными вопросами, будучи подчиненным правилам применения частного права и в отсутствие самостоятельной системы текстуального права, вынужден был участвовать в создании системы права преторианского типа. Социалистические правовые системы из учения о всемогуществе государства вывели правило абсолютного суверенитета закона и полного подчинения ему судебной практики. Развитие дирижистских тенденций и настоятельная потребность в со-

хранении внутренней взаимосвязи всей системы подвели англосаксонские правовые системы к признанию того, что закон имеет здесь свое самостоятельное и все более осязаемое место. Социальная и юридическая эволюция и распыление основных текстов на мелкие части путем издания специальных, различных по сути регламентарных (подзаконных) актов привели к тому, что в системах письменного права сформировалась поистине диктаторская правовая система. С приближением к жизни в условиях отдельных международных сообществ формируется новое право, сглаживающее и выходящее за прежние нормативные границы. Правовая система Европейского Сообщества стала источником права стран — членов Европейского Сообщества. Именно такое положение провозглашается судом европейских сообществ наряду с принципом прямого действия единого права сообщества: "Сообщество порождает новое юридическое устройство международной правовой системы, с этой целью государства... пошли на ограничение своих суверенных прав, и субъектами этой системы являются не только государства-участники, но также и субъекты, входящие в их состав; следовательно, правовая система сообщества, независимая от законодательств государств-членов, подобно тому, как она создает систему обязанностей, стоящую над системами отдельных стран-участников, должна также породить права, которые станут юридическим достоянием каждой" (1). Этот принцип прямого применения права затрагивает не только положения договоров, но также и подзаконные акты и директивы. Он сопровождается приматом права сообщества по отношению к внутренним

(1) C.J.C.E. 5 Février 1963, N. V. Algenebe Transport en Expédite Onderneming Van Gend & Loos c/Adm. Fiscale néerlandaise, Aff. 26/62, Rec. p. 1; см. также L. Dubois et C. Gueydan, *"Grands textes de droit communautaire"*, éd. Dalloz, Paris 1988, p. 177 et s.; см. также P. Bonassies, *"Une nouvelle source doctrinale du droit français: la jurisprudence de la Cour de justice des communautés"*, in Etudes Kayser, T. I., pp. 43 et s.

национальным законодательствам: собственный юридический порядок ЕС, "интегрированный в юридическую систему государств-членов, ... становится обязательным для применения их судебными инстанциями". Превосходство права сообщества "не имело бы такого значения, если бы государство могло в одностороннем порядке отменить действие этого права путем принятия законодательного акта, противоречащего правовым текстам сообщества" (1). Итак, выбор источников, связанный с явлениями социологического порядка, зависит также от данных чисто технических. Однако конъюнкция этих императивов ведет к такому разнообразию источников, что познание феномена права становится одновременно и более необходимым, и более трудным, чем когда-либо.

## §2 Познание феномена права и юридическое документирование

53. Юристы, какими бы они ни обладали умственными способностями и каким бы ни был уровень их профессиональной интуиции, которая у них вырабатывается в процессе получения образования и в практической работе, всего никогда не знают. Правовое чутье — это в большей мере способность, измеряемая качеством, чем знание, измеряемое количеством. Любой юрист, законодатель, практик или университетский преподаватель должен использовать две различные операции: исследование необходимых первоисточников для разрешения некоторой проблемы и "собственную рефлекссию для соотнесения документации" с конкретными особенностями рассматриваемого вопроса (2).

Поле исследований варьируется в зависимости от их предмета. Когда речь идет *об исследовании общего характера*, ко-

торое необходимо для внесения изменений, даже по очень узкому вопросу позитивного права, законодателю предстоит проделать самые разнообразные исследовательские действия. Помимо изучения юридических первоисточников, которые позволят познакомиться с перечнем существующих решений, такое исследование предполагает классификацию всех имеющихся данных по рассматриваемой проблеме: это могут быть данные гуманитарного, социологического, философского, политического, экономического, социального, исторического, научного порядка. Когда, наоборот, речь идет всего лишь *об исследовании в духе, позитивного права*, цель которого заключается в том, чтобы применить оптимальное юридическое решение к конкретной ситуации с использованием средств позитивного права, объемы первоисточников, необходимых для работы, более ограничены: в данном случае работа будет носить почти всегда исключительно юридический характер и сводиться к классификации возникающих в связи с конкретной проблемой элементов правового свойства.

Независимо от предмета и масштабов исследования ученому-правоведу неизбежно предстоит совершить два действия, противоположных по своей логической сущности и идущих в любом хронологическом порядке: *анализ* первоисточников и *синтез* (1). Некоторые, начиная с детального изучения первоисточников, в первую очередь приступают к анализу проблем. Другие, отдавая предпочтение своей интуиции или вдохновению, начинают сразу рассматривать решение и только потом проверяют его точность и соответствие первоисточникам. В то же время, независимо от организации рефлексии как таковой, возможны две различные схемы использования данных: *эмпирический метод* и *догматический метод*.

Эмпирический метод, основывающийся исключительно на использовании опыта, а не на общей теории, состоит в подборе уже имеющихся решений: в виде закона, преце-

(1) C.J.C.E. 15 Juillet 1964, M. Flaminio Costa c/ E.N.E.L., Aff. 6/64, Rec. p. 1141.

(2) A. Dunes, *Documentation juridique* (éd. Dalloz 1977), pp. 1 et s.

(1) См. также ниже, n<sup>os</sup> 248 и далее.

дентов из судебной практики, иногда толкований для идентичных ситуаций. Этот метод допускает столкновение похожих ситуаций и анализ прогнозируемых последствий для каждого из возможных решений с целью определения наиболее адекватного.

Догматический метод, наоборот, опирается не на опыт, который если и оказывает какое-то влияние, то только вспомогательного характера, а на общую теорию — общую по отношению к различным правоведческим школам, по отношению к истории права, сравнительному праву, основным принципам, юридическим категориям... Этот метод во многом питается от традиции толкования законов.

Мы в данном случае концентрируем все внимание только на юридических первоисточниках и поэтому не можем не говорить об исключительной необходимости для любого юриста тщательно исследовать источники права, понимая под последними важные и достоверные документальные ресурсы. Однако подобное изучение первоисточников зачастую представляется бесплодным и сулит серьезные временные потери. Поэтому необходимо улучшать качество классических первоисточников (А) путем использования специальных юридических методов обработки информации (Б).

#### **А \* Классическая документация**

**54.** Очевидно, что структура юридических первоисточников связана с выбором источников, используемых данной юридической системой.

Несмотря на наличие закона, примат которого требует создания таких условий, когда люди могли бы легко с ним знакомиться, и правила толкования которого публикуются Верховным судом в специальном сборнике (либо включаются в кодексы в виде "примечаний"), первоисточники по советскому праву имеют очень сложную структуру. Знание институтов зависит здесь во многом от положений административного происхождения, которые содержат-

ся в сборниках положений, принимаемых каждым министерством для внутреннего пользования; очень часто такие положения не разглашаются вовне и не публикуются в официальных органах (1). В *других социалистических странах* мы находим большую открытость для общества текстов с регламентирующими функциями. Что касается советской судебной практики, вплоть до 1957 г. ее нормы (и прецеденты) рассматривались в единственном юридическом сборнике под названием "Практика судов", на смену которому после указанной даты пришел Бюллетень Верховного суда СССР. Верховные суды союзных республик в настоящее время также публикуют свои материалы. Если оценивать ситуацию вообще, можно сказать, что сборники судебных материалов, публикуемые в странах народной демократии, являются официальными сборниками.

В *англосаксонских странах*, наоборот, сборники с материалами, взятыми из судебной практики, традиционно играют роль основополагающих документов. В Англии главными такими сборниками являются "Law Reports", где материалы разбиты по группам в соответствии с многочисленными судебными инстанциями, далее идет серия издания "All England Law Reports" и аналогичная серия "Weekly Law Reports". Английские законы публикуются в серии "status", относящейся к "Law Reports", или в "Halbury's Statutes of England" и "Halbury's Statutory Instruments". Обобщая, можно сказать, что прецеденты английской судебной практики и законодательные акты главным образом публикуются в "Law Reports", тогда как английское право систематически излагается в коллекции изданий "Halbury's Law of England". Что касается правовых систем народов *романо-германской языковой семьи*, несмотря на преобладание закона, его знания недостаточно для понимания этих систем в целом.

Во *Франции* юридическая документация распределяется между различными источниками права: законода-

(1) R. David, *op. cit.* par C. Jaufferet-Spinisi, n° 192.

тельство в широком смысле, включая подзаконные акты и циркуляры, судебная практика, толкование законов, равно как и другие источники, такие, как коллективные договоры, министерские уточнения, постановления арбитражных судов, акты-правила юридической практики, типовые договора... Огромный объем общего "корпуса" документов и потребность в специализации ведут к дроблению первоисточников по отраслям или даже, в рамках междисциплинарного дробления, по содержанию дел: современная тенденция такова, что в рамках одного дела происходит смешение различных правовых источников. Имеет место также диверсификация инструментов юридического документирования: различаются издания общего характера, в виде энциклопедий или обзоров, и издания, специализирующиеся по отдельным секторам (1). Концепция, содержание и презентация юридических изданий зависит от типов изданий и от конечной цели конкретной юридической информации. Последняя может ограничиваться официальными документами: тексты законодательных и подзаконных актов, решения судов различной инстанции, с комментариями или без таковых. Эта информация может состоять также в систематическом освещении состояния дел в сфере позитивного права по отраслям, по типам дел или по конкретным институтам или вопросам. Чаше всего юристу приходится прибегать одновременно ко всем видам первоисточников. Он опирается на кодексы, справочники, официальные обзоры (2) или обзоры событий в частном секторе, общего или специального характера. Он изучает работы теоретиков или практиков, публикации большого объема или сборники установленных форм и образцов документов (3).

(1) A. Dunes, *op. cit.*, n° 72 et s.

(2) Journal officiel, Bulletins de la Cour de Cassation, Recueil du Conseil d'Etat...

(3) О типах изданий см. A. Dunes *op. cit.*, n° 118 et s.

Как мы видим, общий корпус первоисточников приобретает колоссальные объемы. Чем более он совершенствуется и пополняется, тем более он становится непригодным к использованию в силу своей сложности и длительности необходимых изыскательских работ, даже если эти работы изначально имеют четкую установку относительно поставленных задач, затрагиваемых понятий, ключевых слов тезауруса, первоисточников, обязательных для изучения. Именно на этом этапе становится очевидной необходимость прибегать к специальным методам обработки информации.

## **Б • Методы обработки юридической информации —**

**55.** Благодаря своим возможностям памяти..., благодаря числу и разнообразию операций, благодаря скорости поиска компьютер увеличивает возможности обработки информации и повышает ее эффективность (1). Несмотря на позитивный опыт ряда ученых-пионеров, какими во Франции были профессоры Э. Бертран, П. Галата и А. Коснар, несмотря на быстрое развитие крупных банков данных во Франции, в других странах, где утвердилось романистическая правовая традиция (Западная Германия, Италия, Бельгия), и в странах обычного права (США, Великобритания, Канада), многие юристы по-прежнему проявляют осторожность относительно компьютерных методов обработки юридической информации. Иногда это объясняется плохим пониманием сути явления. Компьютер — отнюдь не соперник человека. Это всего лишь инструмент, без которого сегодня уже невозможно обойтись. Компьютеризация вызывает у специалистов определенные опасения: говорят об обеднении аналитической составляющей работы юристов, о замене качества документов их количеством, о риске склероза... Однако компьютерная об-

(1) A. Dunes, *op. cit.*, n° 31.

работка информации остается средством, питающим работу аналитиков первоисточниками, более удобными в обращении и не выходящими из рук юриста. Это не информация ради информации. Преимущества такого способа ее обработки будут быстро прогрессировать за счет увеличения и совершенствования банка данных и за счет эволюции техники. В настоящее время идет процесс расширения сферы применения компьютерных методов обработки информации, обобщается накапливаемый опыт. Этот метод оказался незаменимым средством в работе юристов, которые просто обязаны воспользоваться его преимуществами.

Удовлетворительное использование банков данных, особенно в юридической сфере, предполагает определенную концентрацию информации в виде документов или ее разумное деление по областям, но внутри единого банка данных, поскольку идея увеличения числа одновременно и рентабельных, и качественных банков данных противоречит экономическим тенденциям даже в таких странах, как Соединенные Штаты.

С учетом именно этого обстоятельства во Франции 24 октября 1984 г. был принят декрет "Об общественной службе юридических баз и банков данных"; это была попытка упорядочить применение и распространение юридической документации, прошедшей обработку ЭВМ, и установить между банками данных такие связи, которые обеспечивали бы их взаимодополняемость и взаимодействие, достаточные в том числе для создания "национальной картотеки прецедентов судебной практики" (1).

56. Трудности, с которыми сталкивается специалист по компьютерной обработке юридических документов, извест-

(1) D. n° 84-490 du 24 Octobre 1984, J.O. 25 Oct. p. 3336; Cire. Du 11 Février 1985, J.O. 7 Mars 1985 p. 2823; H. Manzanarés et Ph. Nectoux, "L'informatique au service du juriste", Ed. Litec, Paris, 1987, p. 129 et s.

тны (1). "Главная цель процесса информатизации какой-либо системы документов состоит в том, чтобы как можно быстрее находить и предоставлять в наиболее удобном виде данные, заложенные в систему" (2). Для достижения такой цели необходимо преодолеть определенные препятствия, поджидающие на этапе ввода информации и в момент ее запроса.

Ввод документов в базу данных предполагает их предварительный объективный отбор на основании четких, постоянных и общеизвестных критериев: принадлежность к сфере права, соответствие фактам, статистический характер... то есть все то, что помогает анализировать проблемы, возникающие при рассмотрении отдельных ситуаций. Что касается источников в виде законов и подзаконных актов, наоборот, трудно себе представить подходящую для них программу предварительного отбора. В остальном метод сбора и ввода данных справочного типа носит обычный характер. Речь может идти о методе составления интегрального текста, когда, с одной стороны, исключаются любая вольность и любое утаивание, а с другой стороны, в компьютер вводится программа, позволяющая увидеть двойственность стиля, понятия-паразиты, неправильное употребление глаголов или существительных... Можно использовать также метод индексации, который предполагает предварительную проработку документов с целью определения в них основополагающих элементов в виде ключевых слов или кратких тезисов либо и ключевых слов, и тезисов одновременно. Такой метод требует большой работы по собственно юридической интерпретации дан-

(1) См. например, J.P. Buffélan, "Introduction à l'informatique juridique", (Lib. Journ. Not. 1975); A. Chouraqui, "L'informatique au service du droit", (P.U.F. 1974); X. Linant de Bellefonds, "L'informatique et le droit", (P.U.F. Coll. Que Sais-je? 1981). В данном случае речь не идет о работах, посвященных проблеме правового обеспечения процесса информатизации.

(2) X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, p. 76.



ных, но в случае, если им пользуется квалифицированный персонал, помогает избежать неудобств текста интегрального типа. Последний следует использовать при работе с законами и документами регламентарного характера. Метод индексации, при условии составления добротного резюме, кажется предпочтительным для работы с прецедентами судебной практики и для толкования законов, поскольку помогает избежать "шумов" и "замалчиваний", связанных с недостаточным уплотнением данных и с существенными терминологическими и стилистическими вариациями.

Специфика юридического языка и терминологии (1) образует еще один подводный камень. Эффективность системы компьютерной обработки данных напрямую связана с качеством используемого *"тезауруса"*. Под "тезаурусом" понимается "иерархически упорядоченный словарь, включая целую сеть различных исключений, семантических различий и приближений в виде списка слов-заменителей, антонимов, близких по значению слов или родовых наименований..." (2).

Работа по составлению и улучшению тезауруса предполагает и нацелена на совершенство формулировок понятий и высокую точность терминов; именно здесь специалиста поджидают основные трудности. Эта работа требует точности в подборе документов, действительно имеющих отношение к данному вопросу, для чего, в свою очередь, необходимо полное соответствие формулировки поставленного вопроса и кодировки слов, вводимых в память компьютера. Любое ложное отождествление, связанное с двусмысленностью и искусственностью формулировок, как и любая неоправданная дифференциация языковой формы и обозначаемого предмета в процессе ввода данных или при запросе, наносят серьезный вред качеству всей системы компьютерной обработки данных. Для разреше-

ния этой трудности следует подобрать основной язык, адаптированный ко всем источникам права, одновременная интеграция которых в "корпус" справочных данных является обязательным условием для обеспечения высокого качества последнего. В то же время взаимодополняемость различных правовых источников облегчает взаимодействие на уровне терминологии и документов.

(1) См. *ниже*, n° 209 et s.

(2) X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, p. 84.

## 2 ОТНОШЕНИЯ МЕЖДУ РАЗЛИЧНЫМИ ИСТОЧНИКАМИ ПРАВА

### Раздел

Неоднородность источников права и мотивов, которыми обусловлено их развитие в рамках различных правовых систем, не должна скрывать от нас факт их взаимодействия в процессе правового строительства. Как нам представляется, не существует такого юридического порядка, который бы отдавал предпочтение исключительно одному из источников и пренебрегал всеми другими, но существуют системы, где один из источников преобладает над другими. Право создается только в процессе своей реализации. Закон, обычай, судебная практика (прецедент) и толкование закона — всё, хотя и по-своему, содействует такой реализации. Взаимовлияние и взаимодополняемость правовых источников при всем их разнообразии объясняются их определенным природным и функциональным сходством. Не следует злоупотреблять, изображая каждый источник лишенным всяких связей, поскольку таким образом мы рискуем упустить из виду случаи взаимодействия источников (§ 1) и их общие черты (§ 2).

### §1 Взаимодействие правовых источников

58. Независимо от того, какой из источников доминирует в конкретной правовой системе, она является результатом влияния различных факторов; юридические правила, независимо от происхождения, всегда нуждаются в том, чтобы их интерпретировали; существующие между ними противоречия должны быть нейтрализо-

ваны, а лакуны заполнены; действующие положения нередко нуждаются в том, чтобы либо расширить, либо сузить сферу их влияния, либо согласиться с ними, либо отказаться от них... Существует юридическое сообщество, которое не взирая на внутреннюю неоднородность участвует в создании, применении и развитии права и которое является местом встречи различных тенденций. Нельзя, занимаясь правовым творчеством, не замечать такого взаимодействия различных источников права, которое проходит, в зависимости от конкретного случая, в форме диалога или дуэли авторов, судей, законодателя, участников правового процесса. Юридическое правило, "закон" в наиболее широком значении этого термина — это не только закон законодателя: во многих отношениях это "закон толкователей" (А), "закон судьи" (1) (Б), "закон участников правового процесса" (В).

### А • Закон и традиция толкования

59. Толкование — как искусство мышления в правовой сфере — представлено в комплексе произведений на правоведческую тематику и является понятием неоднозначным. Нет единого учения о законах, но есть авторы-правоведы, свобода которых является залогом разнообразия их мыслей. Другими словами, "толкование не образует организованной системы мыслей, которую можно было бы представить в виде логично взаимосвязанных тенденций и суждений. Оно зависит от специфики взглядов конкретного автора, литературного жанра, стиля", от специфики рассматриваемой правовой системы (2). Оставив в стороне разнообразие используемых литературных жанров, разно-

(1) J.L. Bergel, *La loi du juge — Dialogue ou duel?* In Etudes Kayser (1979), pp. 21 et s.

(2) Ph. Malaurie, in *Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges*, Travaux Assoc. H. Capitant, T. XXXI (1980), p. 83.

образне высказываемых мнений, тенденций и неодинаковый уровень авторитетности авторов, мы можем определить толкование как "изложенное в письменной форме научное мнение, имеющее решающее влияние при принятии решения по какому-то вопросу" (1).

Чаще всего толкование рассматривается одним из источников формирования права или в связи с правом; однако место толкования по отношению к обычаю, закону, судебной практике до сих пор недостаточно четко определено, хотя ничто не мешает утверждать, что "право нуждается в постоянной рефлексии", которую следует рассматривать в качестве основного противовеса "вольности" толкований (2), и что эта функция действительно выпадает на долю толкования. Определенная фокусировка на теории источников права приводит к тому, что на первое место выдвигается закон и прецедент, а толкование отступает на второй план как "всего лишь отражение подлинных источников права" и наделяется вспомогательной ролью (3).

Толкование иногда выступало в роли подлинного источника права. Так было в римском праве, когда судьи обязаны были прислушиваться к мнению некоторых юрисконсультов, и в средневековье, в эпоху Возрождения, когда значительным авторитетом обладало положение "*communis opinio doctorum*" ("общее мнение ученых"). В эпоху королевского владычества учение об унификации системы права сыграло заметную роль в деле изучения обычаев и разработки системы международного права. Как кажется, Дома был первым, кто представил право в логически упорядо-

(1) P. Bellet, *Rapport de synthèse* in Travaux Assoc. H. Capitant, (1980) T. XXXI, précité p. 11.

(2) C. Atias, *La mission de la doctrine universitaire en droit privé*, J.C.P. 1980 I 2999, n° 1; "*Théorie contre arbitraire*", P.U.F., Coll. "*Les voies du droit*", Paris, 1987.

(3) C. Atias, *Réflexions sur les méthodes de la Science du droit*, D. 1983 I 145, n° 10; *Epistémologie juridique*, (P.U.F. 1985), n° 53.

ченном виде. Немецкое право XIX в. с его школой так называемых пандектистов до кодификации 1896 г. было "правом профессоров". Такое определяющее влияние толкования сохраняется в некоторых странах, где контактам между судьями и профессорами, подвигающимися в области права, благоприятствуют закон и обычай. В Бразилии и Португалии "приговор суда может расходиться с записанными правилами только при условии, что на это было получено согласие всего юридического сообщества, которое включает судей, профессоров и адвокатов" (1). Во Франции "обычай ученого происхождения", который образуется из формул, максим, общих принципов, рекомендаций..., выведенных юристами с течением времени и используемых в качестве материала для строительства системы права, подчеркивает положительную роль толкования. Однако в большинстве случаев, в частности в современной французской правовой системе, толкование не выступает в роли источника права, поскольку мнения, высказываемые авторами, часто туманны и противоречивы и не имеют обязательного характера для судей (2). В то же время толкование оказывает значительное влияние на законодателя и суды.

60. Ясно, что влияние толкования было всегда более значительным в тех системах, где на данный момент не существовало организованной или структурированной системы права. Апогей этого явления во Франции и Германии приходится на время до радикальной кодификации правовой системы, которая проходила в этих странах в начале и в конце XIX в. После кодификации толкование

(1) A. Wald, *Rapport Brésilien*, in Travaux Assoc. H. Capitant, (1980) T. XXXI, *op. cit.*, pp. 53 et s., n° 34.

(2) J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 35; J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de Droit Civil. Introduction générale*, n° 227; H.L. et J. Mazeaud par M. De Juglard, *Leçons de droit Civil.*, T.I., Vol. 1, n° 99; A. Weill et F. Terré, *Droit Civil. Introduction générale*, n° 228.

ограничивается комментариями и интерпретацией текстов, как это делали во Франции в XIX в. представители Школы толкования. Аналогично, пока не обрела четкие очертания судебная практика (система прецедентов), толкование оказывало определяющее влияние на решение конкретной проблемы. Правовой вакуум — это своего рода рай для юристов. "Поднимать целину" можно только на целинных землях. Здесь возможны любые интеллектуальные построения, в то время как насыщенные законодательство и судебная практика оставляют слишком мало места для нововведений. Именно этими факторами в нашем "сверхрегламентированном" мире объясняется снижение роли толкования. Большое число текстов, беспорядок, который вносит чересчур детальная и мелочная регламентация, противоречия, двусмысленности и вытекающие из всего этого неясности вынуждают вновь высвобождать принципы из-под вороха регламентов, восстанавливать методы интерпретации закона, вновь выстраивать методы рассуждения... Именно толкованию принадлежит право сыграть эту выдающуюся роль. Именно толкование должно осуществить синтез правовой системы на основе критической и конструктивной рефлексии, междисциплинарной систематизации юридических правил, поиска условий для максимальной внутренней взаимосвязанности различных элементов системы и, нередко, под влиянием новых вариантов решения проблем (1).

В действительности толкование выступает то в роли зрителя, то в роли действующего лица.

Оно является всего лишь зрителем в случае с английским правом, где толкование не имеет выбора, поскольку базовые правила — это правила преторианского типа, Ко-

fi) M. Van de Kerchove et F. Ost, *"Le système juridique — entre ordre et désordre"*, (P.U.F., Coll. *"Les voies du droit"*, Paris 1988, p. 117 et s.); C Larroumet, *"Droit civil"*, Introduction à l'Etude du droit privé, éd. Economica, 1984, n<sup>os</sup> 155 et s.

торые толкователь может либо принять, либо проанализировать и не более того. К тому же критика этих правил была бы бесполезной, поскольку сами суды связаны в своих решениях сложившейся практикой опоры на прецеденты. По этой причине английская традиция толкования имеет тенденцию ограничиваться анализом, экзегезой или даже простым воспроизведением случаев судебной практики (1).

Везде толкование играет роль средства разъяснения и упорядочения права, средства систематического изложения юридической системы и тех решений, которые она узаконивает и должна по мере возможностей в эту систему вводить.

Однако нередки случаи, когда толкование становится действующим лицом, диктуя закон на свой манер законодателю или судье.

В отдельные эпохи влияние толкования на законодателя было заметным. Потье оказал самое непосредственное влияние на Кодекс Наполеона. Современная реформа в сфере семейного права и в вопросах поражения в правах во многом обязана Карбонье. Праводатели очень часто объединяются для подготовки новых законов. Их комментарии и критика относительно позитивного права иногда приводят к полезным реформам. Влияние теории на судебную практику еще более очевидно — на примере решений, которые теория предлагает практике, либо одобрительных отзывов или критики со стороны теории в адрес практики. В сфере государственного права между праводателями и судьями установилось тесное сотрудничество. Поэтому с полным правом можно сказать, что толкование "родилось на коленях у судебной практики". Интерес толкователей к судебной практике находит свое выражение в заметках о вынесенных приговорах, публикуемых с конца XIX в. со знаменитыми комментариями Лаббе, Салея, Эс-

(1) D. Pugsley, *Rapport britannique*, in Travaux Assoc. H. Capitant, (1980) T. XXXI, *op. cit.*, pp. 97 et s.

мена, Планьоля... Толкование посредством Салея и Жосерана заложило идейную основу принципа формирования судебной практики на ответственности за вещественный факт; толкование посредством Демога предложило различать обязательства относительно средств и обязательство относительно результата... В некоторых случаях толкование оказывает судебной практике поддержку в виде одобрительных отзывов, чаще всего, когда конкретное решение подготовлено толкователями. Законодательное закрепление действия "de in rem verso" на уровне судебной практики, когда беспричинное обогащение становится источником обязанностей, особенно показательно в этой связи. Судебная практика, основывающаяся на принципе справедливости, изложенном немецкими пандектистами, а затем Аубри и Ро, узаконила даже самую формулу этих авторов. Иногда следующие друг за другом действия и реакция на эти действия свидетельствуют о плодотворности *сражения* между толкованием и судебной практикой. Преторианский по духу запрет на "коммерческие оговорки" в брачных договорах, предложенный в свое время Анри Капитаном, подвергался жестокой критике почти всеми правоведами, вплоть до момента, когда по закону 1965 г. эта оговорка была закреплена в ст. 1390 ГК Франции (1).

Безусловно, толкование не является прямым источником права. Оно выступает в качестве "авторитетного" (2), а вернее - косвенного источника. Но оно играет определяющую роль, поскольку прецедент может образовывать эффективный источник только при условии, что "он будет осознан толкованием", поскольку любой неопубликованный или опубликованный конфиденциально прецедент лишен нормативной ценности (3).

(1) Ph. Malaurie, *op. cit.*, n 23 et s.

(2) J. Carbormier, *ibidem*.

(3) Ph. Malaurie, *ibidem*, n 17.

## Б • Закон и судебная практика — — — — —

61. Правотворческая деятельность судьи — это один из вопросов, которые больше всего разделяют юридические системы и юридическое мышление. Судебная практика является источником, прежде всего эксклюзивным, а затем и принципиальным, для англосаксонских правовых систем (1). Во Франции, во времена, когда парламенты выносили приговоры по спорным делам, она была важным источником, питавшим правовую систему королевской власти. Некоторые из современных правовых систем, несмотря на свою чуждость обычному праву, признают за судьей право на "паразаконодательную" деятельность. Так, ст. 1 ГК Швейцарии гласит, что "в случае, когда отсутствует подходящее положение в виде закона, судья выносит приговор в соответствии с обычным правом, а в случае, когда отсутствует обычай — в соответствии с правилами, которые он утвердил бы, если бы мог действовать на правах законодателя. Судья должен опираться на решения, уже закрепленные в традиции толкования и в судебной практике". Однако, если в течение 30 или 40 первых лет, последовавших за окончательным оформлением кодекса, судебная практика допускала подобную вспомогательную деятельность судьи, позднее, после категоричных предупреждений со стороны толкователей, федеральный суд заметно сократил законотворческие права судьи (2).

В системе французского права, несмотря на то, что, согласно ст. 4 ГК Франции, судья не может отказываться от ведения дела "под предлогом отсутствия, неясности или недостаточности соответствующего закона", все-таки не утвердилась традиция рассматривать судебную практику в качестве подлинного источника права. В качестве кон-

таргумента принято говорить, что это противоречило бы принципу разделения властей, противоречило бы правилу, по которому судье запрещается "выносить решения на основании общих и регламентарных положений по делам, находящимся в его ведении" (ст. 5 ГК), наносило бы ущерб силе судебного постановления. Ведущие специалисты оспаривают мысль о том, что судебная практика является источником права, но видят в ней фактор, определяющий существенный авторитет права (1). Другие характеризуют ее все-таки как источник права (2). Справедливо утверждение, что судебные решения не являются правилами, обладающими обязательной юридической силой для кого бы то ни было помимо сторон, задействованных в процессе, даже в ситуациях, когда в силу иерархии судебных инстанций прецеденты могут самым существенным образом влиять на решения, принимаемые инстанциями более низкого уровня (3).

В сфере государственного права со времени, когда знаменитый приговор Бланко (4) освободил судей по административным делам от обязательного применения положений частного права, они пришли к тому, что разработали преторианскую систему права. Они вынуждены были придать статус законов основным принципам и подключиться, таким образом, к процессу правотворчества. И действительно,

(1) J. Carbonnier, *op. cit.*, n 32.

(2) J. Maury, *Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit*, in Etudes Ripert (L.G.D. J. 1950), T. I., pp. 28 et s.; см. также по этому вопросу: "Lajurisprudence", Arch. de Philo, du droit, T. 30, Sirey, Paris, 1985; "Richterliche Rechtsfortbildung. Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen", ouvrage publié par la Faculté de droit de Heidelberg pour le 6 centenaire de l'université Ruprecht-Karl, Heidelberg, CF. Müller, 1986; cp. F. Michaut, "Le rôle créateur du juge selon l'école de la "Sociological jurisprudence" et le mouvement réaliste américain - le juge et la régie de droit", R.I.D.C. 1987, p. 343 et s.

(3) W. Fikeutscher, "Etat de la doctrine de la force obligatoire des précédents en droit privé allemand", in Journées de la société de législation comparée, 1984, p. 189 et s.

(4) T.C., 8 Février 1873 D. 1873 III 17 et s. 1873 III 153 concl. David

наиболее значительные положения административного права были сформулированы судьями (1). Статус общественной функции был разработан Государственным Советом, и только после этого в дело вступил законодательный орган. Толкователи часто подчеркивали или изобличали подобную "нормативную силу" административной судебной практики (2). В этой связи первостепенное значение должно было приобрести право, основанное на судебной практике (на прецеденте), которое закреплялось конституционно.

Во всех отраслях права роль судьи остается основной в части применения закона, его интерпретации, заполнения имеющихся пустот, а также в части его омоложения, оживления или сглаживания, то есть игнорирования или противодействия ему... Несмотря на то, что миссия судьи предполагает подчинение закону, его применение, он, выполняя роль необходимого связующего звена между изданием юридического правила и его эффективным использованием, в действительности может его оспорить. Поэтому отношения между законодательным и судебным органами приобретают иногда характер бури.

62. Принято считать, что "антагонизм между законодателем и судебной практикой относится к разряду явлений, неизбежных в ходе формирования права" (3). Но между этими органами наравне с оппозиционными могут устанавливаться также отношения сотрудничества (4). Воздействие законодателя на судью, миссия которого в условиях

(1) G. Vedel et P. Delvolvé, "Droit administratif (P.U.F. 7 éd. 1980), pp. 105 et s.

(2) M. Waline, "Le pouvoir normatif de la jurisprudence", in Mélanges G. Scelle (1950), T. II, pp. 613 et s.; O. Dupeyroux, *La jurisprudence source abusive de droit*, in Mélanges Maury (Dalloz 1960), T. II, pp. 349 et s.; *La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit* in Mélanges Marty (1978), pp. 463 et s.

(3) Ph. Malaurie, *Za jurisprudence combattue par la loi*, Mélanges Savatier (1965), pp. 603 et s.

(4) J.L. Bergel, *op. cit.*, in Etudes Kayser, pp. 21 et s.

системы письменного права сводится к применению закона, — это очевидный факт. Но в таком случае необходимо уточнить, каково воздействие судьи на законодателя и какова при этом реакция последнего (1).

Суды, сталкиваясь с конкретными реалиями, заполняя пустоты законодательства, толкуя и принимая закон, непрестанно открывая новые средства исправления, нередко воздействуют на законодателя, который закрепляет в текстах законов решения преторианского типа. Так, закон от 17 июля 1970 г. легализовал судебную практику, связанную с защитой частной жизни (2); закон от 3 января 1972 г. ввел в право наследования большое количество правил преторианского происхождения; то же самое наблюдалось в праве, регулирующем деятельность обществ, в строительном праве с законом Спинетта... В настоящее время во Франции такое сотрудничество законодателя и судьи приняло организованные формы на уровне институтов. Согласно кодексу законов об организации судебно-процессуальной деятельности президент и Генеральный прокурор могут по случаю ежегодного отчета кассационного суда "обращать внимание министра юстиции на содержащиеся в отчете положения... связанные с процедурой рассмотрения кассационных жалоб и сообщать ему о вариантах улучшения решений, которые, по их мнению, помогут устранить отмеченные трудности". Подобные наблюдения и соображения о позитивном праве, несмотря на факультативный характер, следует отнести к разряду систематической практики. Так, закон от 16 июля 1971 г., закрепивший на пять лет вместо 6 месяцев предписание в отношении зарплаты, и закон от 9 июля 1975 г. об условиях выплаты неустоек, сделавший возможной их ревизию в

судебном порядке, и некоторые другие законы были инициированы названными высшими должностными лицами. Случается даже так, что к судебным властям, как и когда-то, во время составления Гражданского кодекса, обращаются за консультациями в связи с составлением проектов текстов. Так было, например, в случае с реформой гражданско-процессуального кодекса. Такое сотрудничество, как правило, бывает очень плодотворным. Но оно и не исключает возникновения определенной напряженности в отношениях.

Законодатель не всегда внимательно прислушивается к судьям. До сих пор он отказывался ввести уже закрепившееся в судебной практике понятие об ответственности "in solidum" ("солидарно") и уточнить, как она распределяется между соучастниками одного правонарушения. Случается также, что законодатель отменяет некоторые решения преторианского типа: так было с вопросом об ответственности руководителя предприятия за несчастные случаи, причиной которых является несоблюдение правил гигиены или безопасности, или за невыполнение коммерческих статей договора (1). Но и суды не всегда готовы склониться к мнению законодателя. Их нежелание применять закон от 7 ноября 1922 г., который требовал доказывать вину на уровне административной ответственности в случае перехода пожара на соседние строения и имел целью лишить правовой силы прецедент под названием "смоляное дело", является ярким примером противостояния между законодательной и судебной властями.

По правде говоря, все лица, действующие на юридической сцене, так или иначе способствуют созданию правовой системы. "Практика", в свою очередь, нередко требует принятия своих законов.

(1) См. *L'interprétation par le juge des régies écrites*, Travaux Assoc. H. Capitant, T. XXIX (1978).

(2) P. Kayser, *La protection de la vie privée*, (Economica 1984).

(1) Loi 6 décembre 1976; J.L. Bergel. op. cit., p. 36, Art. 1390 C. Civ. (loi 13 Juillet 1965).

## В \* Закон на практике

63. Современное право законодательно закрепляет возможность влияния практики, профессиональных организаций и органов администрации на процесс *формирования права*. Нотариусы, практики или правопользователи, функционеры, представители профессиональных кругов, обладая соответствующим опытом и зная недостатки и темные места действующей правовой системы, могут инициировать выгодные для себя реформы. Оказавшись сегодня перед лицом усиливающихся дирижистских тенденций, законодатель вынужден много и кропотливо работать над решением проблем экономического, социального, технического плана. В условиях, когда законодательство распространилось на все сферы жизни, регламентирование становится настолько детальным, что все его нюансы могут быть сформулированы и поняты только специалистами, а законодатель уже не может обойтись без содействия практиков. Последние, в свою очередь, больше не соглашались быть просто "помощниками" "юристов-теоретиков", но "претендуют на то, чтобы занять их место" (1).

Устоявшиеся обычаи и методы "практиков" в равной мере участвуют в функционировании и эволюции правовой сферы и часто служат дополнением к законам и подзаконным актам. "Практики" могут даже отступать от них всякий раз, когда закон выступает в роли не более чем вспомогательного средства правового регулирования и позволяет, таким образом, заинтересованным лицам самостоятельно определять положения закона, от которых они могут уклоняться и которым они должны подчиняться. Такое правило относится прежде всего к сфере заключения договоров. Здесь отступление от факультативного закона в порядке вещей. Но когда оно повторяется часто и в похожих ситуациях, то есть становится элементом профес-

сиональной практики, последняя в конечном итоге формируется как действующее право. Такой "спонтанный порядок" становится порядком правовым (1). Аналогично тому, как практика способствует формированию права, она часто участвует в его *толковании*; административные распоряжения и ответы министерств (2), несмотря на то, что они не могут служить нормативными документами для судей, и несмотря на то, что они издаются исключительно "с оговоркой относительно абсолютного права судов оценивать их целесообразность", имеют большой вес в соответствующих сферах, что подчеркивает возрастающую роль технократии в деле интерпретации и применения позитивного права.

Бывают даже случаи, когда практика решается *выносить приговор закону*. Это может показаться парадоксальным, особенно если вспомнить о том, что закон носит обязательный характер и что, если речь идет о законе-императиве, его исполнение предписывается заинтересованным лицам, которые должны волей-неволей соотноситься с ним свои поступки. Однако после ввода закона в силу следует "борьба сил на социальном уровне". Среда юристов может оказать противодействие уже принятым правилам. "Если мы хотим, чтобы закон стал живым, необходимо сделать так, чтобы он был принят в среде юристов" и чтобы ему подчинялись подсудные лица. Когда закону не удастся занять или сохранить свое место, а это происходит в случае, если его перестают соблюдать и если судебной практике удастся путем ухищрений его обойти, законодатель вынужден, и это случается довольно часто, скорее смириться с такими нарушениями закона, чем принимать меры к их пресечению (3)...

(1) P. Roubier, *"L'ordre juridique et la théorie des sources du droit"*, статья, процитированная выше, с. 17.

(2) B. Oppetit, *Les réponses ministérielles aux questions écrites des parlementaires et l'interprétation des lois*, D. 1974-1. 107.

(3) G. Ripert, op. cit., n° 166; J.Ph. Lévy *"Les actes de la pratique, expression du droit"*, Кем. Hist. de Dr. Français et étranger, 1988-2-151.

(1) G. Ripert, op. cit., n. 147.



Итак, в зависимости от конкретной ситуации публичные власти или круги профессионалов вводят свои законы, формируя, интерпретируя или отвергая при этом юридические правила. Даже если эти правила не являются подлинными источниками права, их участие в становлении юридического порядка обретает особую важность. Формирующаяся практика может в таком случае опираться на обычай, когда речь идет об устоявшихся правилах заключения договоров, на прецеденты, когда речь идет о судебной практике, или на закон, когда она подталкивает к его разработке или изменению.

64. Обладая естественным правом издания регламентарных актов, *публичные власти* все чаще вмешиваются в процесс становления юридического порядка. В сфере коммерческого и предпринимательского права мы констатируем заметную практическую роль примечаний и инструкций; регулирующих налогообложение, писем министра экономики и финансов, уведомлений и рекомендаций советов и комиссий различного уровня. Как представляется, слишком большое число циркуляров, зачастую плохого качества и практически недоступных, должно быть радикально сокращено, в том числе по указанию высших органов государственной власти (1), несмотря на то, что эти документы относятся к сфере исключительно внутреннего пользования административных органов и не носят обязательного характера в отношении граждан. Они действительно имеют решающее значение для эффективного толкования и применения законов и подзаконных актов, поскольку играют ключевую роль в отношениях между органами власти и гражданами. Их практическая значимость в экономических и социальных вопросах, а также в вопросах гражданско-правовых не менее велика; об этом свидетельствует, например, право наказывать за мошенничество

(1) Распоряжение от 15 июня 1987 г. относительно министерских циркуляров (J.O. 17 juin, p. 6460).

или за пересадку органов (1). Что касается ответов министерств на запросы парламентариев, поданные в письменном виде, они служат всего лишь для того, чтобы обеспечить досудебное и в то же время официальное толкование текстов. Хотя они и являются примером растущего влияния административных органов на процесс разработки юридических правил, напоминая в этом смысле римские "рескрипты", практики, при всей их озабоченности обилием, несогласованностью и беспорядочностью отдельных текстов, воспринимают их как средство избавления от правового беспредела и средство защиты на случай возникновения вопроса о профессиональной ответственности. Такое толкование служебных документов работниками административных органов, как правило, находит последователей среди юристов-практиков.

Роль *профессионалов* в процессе становления позитивного права еще более разнообразна. Они способствуют формированию профессионального права и определяют содержание законодательства, регулирующего их профессиональную этику. Коллективные трудовые договоры превратились в один из наиболее важных источников трудового права. Цель таких договоров — упорядочить коллективные отношения между нанимателями и наемными работниками, и они исходят из договорного соглашения, заключаемого между нанимателем или объединением нанимателей и одной или несколькими профсоюзными организациями наемных работников; при этом положения коллективных договоров применяются к трудовым договорам, заключенным нанимателями, вошедшими в объединение, за исключением статей, где оговариваются особые интересы наемных работников в рамках индивидуальных договоров. Следует отметить, что при расширенном толковании коллективные договоры становятся обязательными для всех нанимателей, которые

(1) См., например, A. Well et F. Terré, *op.cit.*, n° 183.

входят в задаваемые договорами профессиональные и территориальные рамки, даже если они не принадлежат к предпринимательским организациям, подписавшим эти договора или присоединившимся к ним (ст. L. 133-8 Кодекса законов о труде Франции). Таким образом, договора получают силу обязательного регламентирующего акта, хотя их положения сохраняют договорную природу.

Наблюдаемая в настоящее время тенденция заключения типовых договоров, то есть моделей, которые служат образцами и за рамки которых стороны стараются не выходить при заключении отдельных (индивидуальных) договоров, ведет к "стандартизации" большого числа юридических операций. Общий характер этих моделей ведет к тому, что они вытесняют вспомогательные законы, или даже к тому, что в случае, когда их утверждают профессиональные или административные органы, за ними закрепляется статус императивных. "Так составители и редакторы типовых договоров реализуют фактически регламентарную власть" (1). Тенденция заключать договора на основе типовых договоров и общих договорных условий между целыми коллективами — профессиональными союзами и организациями потребителей — делает это явление еще более очевидным. Международные соглашения, например, в области морского права, приходят на место установленных законом правил. Опасности, которые таят в себе типовые договора и договора присоединения, вызывают соответствующую реакцию законодателя в виде актов, призванных защитить права участников. Что касается формулировок, используемых работниками юридической сферы, особенно нотариусами и коммерческими аген-

(1) J. Ghestin, *Traité de droit Civil*, ТЛП, *Les obligations—Le contrat*, n<sup>os</sup> 62 et s.; J. Léauté, *Les contrats-types*, Rev. Trim. Dr. Civ. 1953-429; A. Rieg, "Contrat-type et contrat d'adhésion", in *Trau Et Rech. Lnstr. Dr. comp de Paris*, Т XXXIII (1970), p. 109, n<sup>o</sup> 10; A. Pirovano, "Introduction critique au droit commercial contemporain", Rev. Trim. Dr. Com. 1985, pp. 242 et s.

тами, они свидетельствуют о формировании на базе существующей практики общих правил или обычая составления договоров. Рано или поздно участники договорного процесса начинают регулярно на них ссылаться, а правила, выступая в роли инструментов, рожденных в условиях договорной свободы, в конечном итоге занимают место закона. Иногда такой обычай стоит у истоков законодательства. Особую значимость приобретает в этой связи нотариальная практика. Брачные договора, акты в социальной сфере, право, регулирующее имущественные отношения, убедительно это доказывают.

Многочисленные факты взаимодействия различных источников права и развитие вспомогательных источников юридического характера в действительности являются результатом фундаментального единства разнообразных источников права.

## **§2 Родственный характер источников права**

65. Примат закона в сфере позитивного права предполагает подчиненность ему судей. В то же время в большинстве письменных правовых систем закон — это еще не все право, и роль судьи не ограничивается здесь "работой рта, посредством которого говорит закон" (1). Судья наделен здесь дополнительным правом применения, толкования и адаптации текстов, это право приравнивается к нормативному праву, даже когда не является — например, в странах обычного права — главным правообразующим источником. Формальные правила, вводимые от лица публичных властей, всегда, в соответствии с их функцией, недостаточны, поскольку публичные власти не имеют возможности заранее предусмотреть все нужные правила. Поэтому появляется необходимость прибегнуть к нефор-

(1) Ch. Perelman, *op.cit.*, n<sup>o</sup> 87.

мальным правилам — не к сиюминутным распоряжениям публичных властей, но к правилам, опирающимся на "авторитет опыта", как в случае с обычаем, или на "авторитет рассудка", как в случае с толкованием законов (1). Разные источники права все вместе участвуют в формировании общественного устройства и дополняют функциональные отношения (Б) природными отношениями (А).

## А • Отношения на уровне природы

66. Принято противопоставлять обычай и толкование, неорганизованные способы формирования права, закону и судебной практике, официальным источникам права. Известно также, что обычай — источник права, для которого характерны спонтанность, объективность, отсутствие волюнтаризма, и толкование законов — другой источник, достаточно неопределенный и лишенный силы обязательного действия, на глубинном уровне противостоят закону и судебной практике.

В реальной жизни нередко наблюдается следующая картина: обычное право само оказывается продуктом органов государственной власти (2), которые в ходе выполнения своих функций и при совершении конкретных действий неизменно прибегают к практике, которую рассматривают для себя как обязательную. Даже на уровне конституции и институтов самого высокого уровня обычай продолжает существовать, и следование ему считается обязательным, при этом власть обычая может превосходить власть закона (3). Более того, в Великобритании, например, обычай остается эксклюзивным источником фундаменталь-

ных правил функционирования государства. Конституционному праву Франции также не чужды ссылки на республиканскую или конституционную "традицию". Обычай — существенный источник международного государственного права.

Даже в сфере частного права, где обычай генерируется социальной группой, а не публичными властями, его авторитет очень тесно связан с авторитетом закона и судебной практики. В некоторых случаях закон недвусмысленно ссылается на обычай. Гражданский кодекс опирается на обычай и на устоявшиеся правила в вопросах земельной собственности, в договорной сфере и в вопросах, касающихся дееспособности несовершеннолетних. Ряд используемых в кодексе эволюционирующих понятий, например, понятие правил приличия или понятие добропорядочного отца семейства, черпают свое содержание в сфере обычая. Общепринятые коммерческие правила играют заметную роль в сфере коммерческого права. Итак, обычай и общепринятые правила образуют дополнение к закону. В целом обычай, даже когда он вырабатывается без участия публичных властей, вводится в практику только при их посредничестве. А посредством судов он применяется и закрепляется на правах закона. Зато обычай не может противоречить императивным законам. Для эффективного проникновения в сферу позитивного права обычаю достаточно быть принятым на уровне государственной власти. Что касается закона, мы знаем, что, в противоположность обычаю, его эффективность зависит от того, "принят" ли он, есть ли согласие его принять на уровне социальной группы и юридического сообщества... Толкование, основываясь на материале законов, прецедентов или обычаев, которые оно использует или критикует, получает позитивное значение только в случае, если закрепляется в обычае, законе, судебной практике, то есть если усваивается на законодательном и судебном уровнях.

(1) P. Roubier, *op.cit.*, n°2.

(2) J. Dabin, *op.cit.* n°32.

(3) R. Capitant, "Le droit constitutionnel non écrit" et C. Girola, "Les coutumes constitutionnelles", in *Recueil Gény*, Т.Ш, pp. 1 et s. Et 9 et s.; J.Dabin, *ibidem*.

В конечном счете все источники права, в широком смысле этого слова, прямо или косвенно генерируются органами государственной власти и по природе своей являются продуктом общественной организации.

67. Кроме того, мы отмечаем, что процесс формирования права — это прогрессирующее явление (1). Обычай рождается в результате обобщения отдельных фактов, их повторения в достаточном количестве в течение достаточно длительного периода; то есть обычай — это обобщенная и устоявшаяся практика. Судебная практика также рождается из отдельных актов. Когда судья, как это имеет место во французской правовой системе, не может "вынести приговор в качестве общего и регламентарного постановления" (ст. ГК Франции), его решение нельзя считать источником права. И только повторение прецедентов формирует судебную практику. Власть и неизменность решения в значительной мере зависят от технических правил, регулирующих организацию функционирования судебного аппарата. Иерархия судебных органов разных юрисдикции и авторитет верховных судов приводят, по крайней мере на практике, к тому, что суды на местах должны соблюдать преторианские правила. Даже в странах обычного права "судебная практика если и смогла превратиться в основной источник права, то только за счет усиления роли правила прецедента". Частные, разрозненные мнения редко обладают властью. Толкование как таковое хотя иногда и рассматривается в качестве доминирующего источника права, само обусловлено многообразием, постоянством и авторитетностью питающих его мнений. Судебная практика, выступая в роли толкования, стремится принять определенную форму путем законодательного закрепления. Все без исключения юрисдикции, даже международные, ин-

ституируются государствами. Суды творят правосудие и представляют право от имени государства. Иногда юридическая власть судов противопоставляется политической власти законодателя и исполнительной власти, при этом судья выглядит более беспристрастным и свободным от предвзятости (1). В то же время суды, опираясь на закон и на государство и отправляя правосудие от его имени, а в некоторых случаях формируя право, выполняют политическую функцию в широком смысле этого слова, в то время как законодательная и исполнительная ветви власти, выковывая правовую систему, осуществляют судебную власть. Обычай, будучи выражением духа народа, является также выражением демократической идеи. Наконец, толкование, иногда ангажированное, но всегда озабоченное уровнем организованности общества, присутствует не только в юридическом, но и политическом осмыслении.

Если в конечном итоге оказывается, что несмотря на большое разнообразие все источники права имеют похожую природу, то это потому, что они по большому счету выполняют одну и ту же функцию.

## **Б • Отношения на уровне функций**

68. Юридический порядок основывается на соединении правил, изданных публичными властями, решений, обычно применяемых судами, правил поведения, практикуемых и принимаемых обществом в целом, а также предложений и объяснений со стороны толкования. Все эти виды формирования права способствуют организации отношений на уровне общества и частных лиц, на уровне индивидов и коллективов, отношений, которые генерируются любым обществом.

Закон, судебная практика, обычай, толкование — все это разные средства достижения одной и той же цели: самодостаточной организации общества. Роль каждого из

(1) М. Taruffo, "Note sui modi dellagiuridificazione"; Political del diritto a. 18-4, 1987, 581 et s.

(1) J. Dabin, *op.cit.*, n°31.

названных правообразующих элементов нельзя измерить статистически. Несмотря на тенденцию подчеркивать точки соприкосновения между большими семействами прав, характер роли каждого из элементов не только будет зависеть от условий конкретной правовой системы, от принадлежности этой системы к одному из таких правовых семейств, но будет эволюционировать в рамках одной и той же юридической системы. Место, которое закон уступает другим правовым источникам, в условиях французского права зависит от эволюции законодательной техники. Конституция 1958 г. ввела понятие регламента (подзаконного акта) как альтернативу закону. Когда закон устанавливает принципы, он создает общее право и открывает путь для нарушений, которые будут представлены специальными текстами. Таким образом, с появлением закона обнаруживается необходимость детального регламентирования; закон побуждает толкование и судебную практику вскрыть его (регламентирования) главные принципы. При наличии большого количества текстов судье сознательно доверяется миссия арбитра в споре интересов, то есть миссия справедливости. Современный законодатель сам вызывает реакцию в обществе, способную побудить его на издание соответствующих актов. Так, закон от 17 января 1975 г. о добровольном прерывании беременности сам назначил себе пробный срок действия — 5 лет. Закон № 78-23 от 10 января 1978 г. учредил комиссию, задача которой сводилась к тому, чтобы избавиться от "излишних условностей" договора, подписываемые потребителями, и наделить правительство полномочиями, позволяющими ему принимать декреты, где излагаются меры, которые могут быть ему, то есть правительству, рекомендованы в качестве средств разрешения конфликтов. Эти и другие подобные примеры свидетельствуют о мутациях, которые происходят со способами формирования права, причем создается впечатление, что их взаимодополняемость одерживает верх над разнообразием.

## • Иллюстрация

### 1. План основных французских юридических журналов

I. Толкование

II. Судебная практика

III. Тексты

IV. "Содержание", "срочная информация", "судебная хроника", министерские ответы, библиографии, прочая информация...

V. Ежегодные сводки событий из области толкования, судебной практики, перечни текстов.

### 2. Судебная практика в английском праве

[пример недавнего решения палаты по семейным спорам Верховного суда (суд первой инстанции Королевского двора)]

*Семейное Д 376 Всеанглийские правовые сообщения*  
[1982 г.]  
**"Томпсон против Томпсона"**

Плата по семейным спорам

Ивбэнк Дж.

15 января 1988 г.

Развод. Финансовое обеспечение. Юрисдикция. Имеет ли суд право отвергнуть иск одной из сторон о финансовом вспомоществовании по согласию и в то же время принять решение об обязанности другой стороны оказывать финансовую поддержку бывшей половине. Закон о матримониальных отношениях 1973 г., СТ.230).

Поскольку право обращаться за финансовой поддержкой, предусмотренное ст. 23(1) а Закона о матримониальных отношениях 1973 г., является правом, которое может касаться любых других жалоб и претензий каждой из сторон, суд имеет право отвергнуть иск об оказании финансовой помощи на

основе достигнутого между сторонами соглашения и вместе с тем вынести решение об оказании такой помощи в обязательном порядке.

*(Выдержка из решения судьи Л. Ормрода по делу "Диппер против Диппера" [1980 г.] )*

### **Примечания**

О полномочиях суда в области финансового обеспечения в матримониальных делах см.: "Сборник законодательных актов Рэлсбери" ("Ralsbury's Laws"). Параграф 1051-1054.

Что касается Закона о матримониальных отношениях 1973 г., то см.: "Сборник законодательных актов Хэлсбери" ("Halsbury's Statutes"). Параграф 724.

Статья 23(1) предусматривает: "Вынося решение о разводе по случаю упразднения брачных отношений или о юридическом размежевании сторон, а также в любое время впоследствии... суд имеет право выносить любое решение или любые решения (касающиеся финансового обеспечения любой из сторон, состоявших в браке, или в пользу ребенка, родившегося в этом браке)".

### **Дела, относящиеся к данному решению:**

**"Диппер против Диппера" [1980 г.]**

**"Минтон против Минтона" [1979 г.]**

### **Прошение**

В соответствии с предварительным решением, стороны обсуждали вопрос об урегулировании финансовых дел, затронутых на основании инициативы истца — мужа; в числе прочего обсуждались вопросы о передаче бывшего семейного дома жене, выплате ей определенной суммы денег и периодических платежах алиментов. Истец, соглашаясь на это, настаивал на освобождении его от уплаты пошлины за бракоразводный процесс, периодических платежей и регулярных вспомоществований, а также на том, чтобы он больше не фигурировал ни в каких прошениях, касающихся этого брака. При этом он ссылался на ст. 23(1) Закона о матримониальных отношениях 1973 г.

Дело попало в руки судебного распорядителя Тернера 22 декабря 1987 г. с тем, чтобы по нему было вынесено компромиссное решение. Судебный распорядитель передал дело в палату по семейным спорам, сопроводив его припиской с вопросом о том, может ли быть отвергнут иск мужа, несмотря на то, что он продолжает оставаться стороной, несущей обязанности по выплате алиментов бывшей жене. Прошение было принято к рассмотрению, и по нему было вынесено решение в судебном порядке. Суть дела излагается с разрешения судьи Дж.Ивбэнка. Факты изложены в решении.

Мисс Ким Битсон — солиситор (адвокат в судах первой инстанции), представлявшая интересы мужа;

Дэвид Бодей — солиситор, представлявший по делу интересы жены.

### *Судья Дж.Ивбэнк*

Передо мной находится прошение, переданное в Верховный суд судебным распорядителем Тернером 22 декабря 1987 г. Стороны, упомянутые в деле, сочетались брачными узами в 1962 г. У них родилось трое детей. Супруги стали жить раздельно с 1973 г. Муж подал заявление о расторжении брака в 1986 г. В качестве обоснования был приведен довод о том, что, по взаимному согласию, стороны не поддерживали брачные отношения в последние два года. В соответствии с законом по делу было принято надлежащее решение.

Бывшая супруга, ссылаясь на ст. 10 Закона о матримониальных отношениях, подала иск, настаивая на том, что этим решением были ущемлены ее финансовые и имущественные права. Адвокаты обеих сторон достигли согласия об урегулировании спора. Условия соглашения были оформлены в виде протокола, и этот протокол был передан судебному распорядителю 22 декабря 1987 г. В протоколе содержались полные и исчерпывающие данные относительно претензий жены на материальное обеспечение.

Муж дал гарантию в том, что он передаст жене их бывший семейный дом. Было также оговорено, что он обязуется выплачивать ей ежегодно 25 тыс. фунтов стерлингов. Кроме того,

была достигнута договоренность о выплате ей единовременного пособия в размере 30 тыс. фунтов стерлингов. Предусматривались и дополнительные платежи, предназначенные для содержания единственного к тому времени несовершеннолетнего ребенка.

Впоследствии была достигнута договоренность, что после передачи дома и выплаты единовременного пособия все иные финансовые и имущественные претензии сторон будут признаны недействительными. Таким образом, представлялось, что соглашение в должной форме было достигнуто. Однако в соглашении содержалась запись о том, что претензии мужа на освобождение от дальнейших финансовых обязательств перед женой должны быть отклонены. Эта запись насторожила судебного распорядителя.

Как я уже отмечал, главный судебный распорядитель обратил внимание на то, что предусматривалось отклонение финансовых обязательств одной стороны при сохранении обязательств другой стороны. Так, претензии жены на ежегодные выплаты в размере 25 тыс. фунтов стерлингов в год сохранялись в силе. Судебного распорядителя насторожил вопрос: правильно ли будет в сложившихся обстоятельствах отклонить иск мужа? Эти сомнения возникли главным образом в связи с реализацией принципа "clean break" ("чистый разрыв") в финансовых отношениях. Судебного распорядителя обеспокоило и то, что положения ст. 25А Закона 1973 г. были использованы в общем контексте с Законом о рассмотрении брачно-семейных дел 1984 г.

По моему мнению, однако, положения ст. 25А о сроках финансового обеспечения и, при необходимости, прерывании финансовых обязательств в отношении одного из супругов, не имеют причастности к рассматриваемому делу. Муж имеет право настаивать на облегчении лежащих на нем финансовых обязательств. Это право существует у него совершенно независимо от тех прав, которыми может обладать его жена. Данный иск следует рассматривать сам по себе, вне зависимости от других претензий с его или ее стороны. Если он захочет впоследствии отказаться от этого иска, то он вправе при-

нять такое решение, если оно не будет противоречить каким-то правовым установлениям. Нет никаких причин для того, чтобы препятствовать этому. Правовых положений, запрещающих это, просто не существует.

В деле "Диппер против Диппера" [1980 г.] возник вопрос: может ли суд отклонить прошение о финансовой поддержке, не согласовав это с заинтересованной стороной. Апелляционный суд вынес решение, что суд (первой инстанции) не правомочен так поступить. Однако никогда не говорилось о том, что такое запрещено, если заинтересованная сторона дает на это согласие. Как раз наоборот. Как отмечал судья Л.Ормрод [1980 г.]: "...надлежащее отклонение прошения (о периодических платежах) предполагает получение согласия на это самого просителя".

Когда Палата лордов рассматривала дело "Минтон против Минтона" [1979 г.], она одобрила практику отклонения исков по выплате алиментов (денежного содержания) при условии достижения сторонами компромиссной договоренности в суде, при условии, что суд согласится с положениями этой договоренности.

Соответственно, по моему мнению, вполне уместно отклонить иск одной из сторон о финансовой поддержке при условии достигнутого взаимного согласия, но в то же время принять судебное решение о финансовой поддержке другой стороны.

Мне хотелось бы заметить, что в тексте ст. 25А Закона 1973 г. я усматриваю обстоятельства, при которых может быть принято подобное решение и без согласия заинтересованной стороны.

*Соответствующее решение.*

Солиситоры: Рассел-Куки из юридической фирмы "Поттер и Чэпмен" (на стороне мужа), представитель юридической фирмы "Бекман и Бекман" (на стороне жены).

Подпись:

барристер (адвокат высшего ранга)  
*Биби Чуа*

• **Комментарии**

Что касается формы английских постановлений, следует отметить, что приговор, "stricto sensu" ("в строгом смысле"), ограничивается простой констатацией, передающей решение, которое принято судьей по данной тяжбе. Теоретически английские судьи не обязаны мотивировать свои приговоры. В действительности они объясняют их в опосредованной форме. Их "ratio decidendi" ("логика принятия решений"), необходимое логическое основание выносимых ими приговоров (за исключением "obiter dicta", "попутных"), выполняет функцию правила судебной практики. Перед лицом юрисдикции более высокого уровня, где решения принимаются не несколькими судьями (или даже настоящей коллегией), каждый из них (судей) выражает свое "мнение", и оно воспроизводится в приговоре.

## Глава 2

### ОБЩИЕ ПРИНЦИПЫ ПРАВА

Сравнительное генеалогическое исследование, может быть, позволило бы увязать общие принципы права с "Топиками" Аристотеля или с максимами "Дигестов" (1) или с "первичными принципами всех законов" из "Трактата о законах" Дома (2). Однако нам следует различать одновременно "общие места", сверхъестественные, богословские или философские принципы и даже принципы естественного права. Общие принципы права не выходят за рамки существующего юридического порядка; они являются его составной частью. В то же время их закрепление произошло сравнительно недавно. Впервые они появились в системе международного государственного права во времена Сообщества Наций; ст. 38 устава Международного Суда, приложенного к Хартии Организации Объединенных Наций, признает в качестве источника права "общие принципы права, признанные цивилизованными народами". То есть мы можем предположить, что речь идет о принципах, действующих во всех правовых системах, даже с учетом особенностей советской доктрины, которая исходит из идеологического разделения международного сообщества и исключает любую возможность применения общих принципов для разных юридических систем (3). Це-

(1) Ch. Perelman, *Logique juridique nouvelle rhétorique* (Dalloz 2<sup>e</sup> éd.), n<sup>os</sup> 46 et s.

(2) J. Boulanger, "Principes généraux du droit et droit positif, in *Etudes offertes à G. Ripert* (L.G.D.J. 1950), T. 1, pp. 51 et s., n<sup>o</sup> 2.

(3) J. Boulouis, "Les principes généraux du Droit (Aspects de droit international public)" *Rev. Internationale de D. Comparé*, 2<sup>e</sup> Vol., 1980, pp. 263 et s.



лый ряд общих принципов, фигурирующих в международных хартиях или соглашениях, закреплены в качестве законов большинством стран. Несмотря на то, что следы "общих принципов права, применяемых даже в отсутствие соответствующего текста" (1), обнаруживаются в судебной практике более раннего периода, можно с уверенностью утверждать, что официально подтвердить их существование французскую юриспруденцию заставили события эпохи нацизма и пренебрежение фундаментальными правовыми принципами во времена режима Виши, а затем в период Освобождения. Тогда речь шла о том, чтобы гарантировать либеральную концепцию и традиционную этику общества, открыто провозгласив принципы, до тех пор присутствовавшие лишь в скрытой форме, а теперь становившиеся главными элементами в системах правосудия (2). Органом, призвавшим к приятию общих принципов права, причем не только в сфере административного права, но также и в уголовном праве, в частном судебном праве, был Государственный Совет. Кроме того, в эпоху, еще более приближенную к нашему времени, опираться на эти принципы в своей работе стали Конституционный Совет и Суд Европейского Сообщества. Последний провозгласил, что "уважение фундаментальных прав является составной частью общих принципов права, соблюдение которых гарантирует Суд Европы" (3). К этим же принципам прибегают судебные органы на местах. Подобно Верховному суду Соединенных Штатов суды большого числа стран, таких,

как Германия, Италия, Бельгия... признали важность общих принципов. Более того, Гражданский кодекс Италии, например, рекомендует судьям в случае отсутствия подходящих текстов исходить в принятии решений из общих принципов права. В то же время во Франции в преамбуле к Конституции 1946 г. вновь подтверждаются права и свободы, закрепленные в Декларации прав человека от 1789 г., и "фундаментальные принципы, признанные законами Республики". Конституционный Совет высказался в связи с этим за то, чтобы признать неконституционными законы, противоречащие этим фундаментальным принципам. Однако возникает вопрос: фундаментальные принципы и общие принципы права — это одно и то же? Для того чтобы ответить на этот вопрос, необходимо решить проблему определения (дефиниции) и места общих принципов в иерархии правовых норм (Раздел 1). Применение общих принципов права во всех сферах и их применение в различных правовых системах заставляют задаться вопросом об их роли во всем множестве юридических норм (Раздел 2).

(1) C.E. Ass. 26 octobre 1945, Aramu et autres Rec. P. 213; D. 1946 II 158 note G. Morange; C.E. 22 mai 1946, Maillou S., 1946 III 52; R. Chapus, *"Droit administratif général"*, T. I, 4<sup>e</sup> éd., Monchrestien, Paris, 1988, n<sup>o</sup> 96 et s.

(2) J. Rivero, *Le juge administratif français: un juge qui gouverne?* D. 1951 121 et s.

(3) C De Justice des Com. Europ. 15 oct. 1969, Commission des Com. Europ. C/Gouv. Rép. Italienne Gaz. Pal. 1970, I 69; 17 décembre 1970, Interantionale Handelsgesellschaft mb/H ..., Aff. 11/70, Rec. P. 1125.

# 1 МЕСТО ОБЩИХ ПРИНЦИПОВ В ИЕРАРХИИ ПРАВОВЫХ НОРМ

## Раздел

Для того чтобы нормы, управляющие жизнью общества, образовывали стройную систему, они должны быть организованы согласно определенному порядку, который предписывает каждой норме свое место среди других. По всей видимости, несмотря на все структурное разнообразие различных правовых систем, всегда существует иерархия содержащихся в них правил. Эта иерархия иногда может выступать главным элементом юридической конструкции. Кельзен описал юридический порядок именно в виде пирамиды иерархически устроенных правил, каждое из которых получает для себя силу обязательной нормы исключительно за счет своего соответствия с нормой самого ближнего из вышестоящих уровней. В вершине этой пирамиды, после таинственной фундаментальной нормы, располагается, по его мнению, конституция, затем, спускаясь по уровням вниз, мы находим закон и обычай, регламенты и подзаконные юридические акты (1). Иерархия норм рассматривается в таком случае лишь в связи с проблемами действительности. Ее главная задача — определить действенность каждого правила, "при этом правила нижних уровней в одной и той же сфере компетенции, в одних и тех же вопросах должны соответствовать правилам высших уровней, даже когда контроль такого соответствия со стороны органов правосудия, в целом удовлетворительный, иногда остается неполным" (2).

(1) H. Kelsen, *Théorie Pure du Droit*. Trad. C. Eisenmann (Dalloz 1962), n<sup>os</sup> 34, 35; M. Mialle, *Une introduction critique au droit* (Ed. F. Maspéro 1976), pp. 353 et s.

(2) P. Pactet, *Institutions politiques — Droit constitutionnel* (Ed. Masson, 6<sup>e</sup> éd., 1983), p. 524.

В то же время было показано, что подобная иерархическая лестница не удовлетворяет предъявляемым требованиям, поскольку она затрагивает только нормы письменного права, тогда как судебная практика и обычай встроиться в нее не могут, потому что не вытекают из конкретного юридического акта. Иерархия не помогает также объяснить (это касается современной французской правовой системы) превосходство закона над регламентом, поскольку власть регламента проистекает из Конституции, а не закона. Поэтому необходимо подчеркнуть, что "реальные иерархические отношения устанавливаются не прямо между нормами, а только при посредничестве соответствующих актов" и что "норма более высокого уровня — это норма, наделяющая той властью, в силу которой полагается принятие акта, порождающего норму нижестоящего уровня" (1). Следует признать, что соответствия некоторого правила вышестоящей норме не достаточно для его действительности, но несоответствие правила такой норме однозначно делает его недействительным: именно так можно было бы объяснить факт превосходства закона над регламентом (2). Таким образом, критерием для определения иерархических отношений между двумя нормами выступает юридическая сила. Поэтому, несмотря на всю власть судебной практики относительно формирования правовой системы, судья должен следовать закону. Ему также следует уважать волю сторон, составивших договор. В то же время ничего из сказанного не дает нам право утверждать, что статус сторон договора выше статуса судьи или что статус частных договоров выше статуса судебных решений. Вместо того чтобы, основываясь исключительно на отношениях иерархии, делать выводы относительно действен-

(1) M. Virally, *La pensée juridique* (L.G.D.J. 1960), p. 173.

(2) H. Kelsen, *Théorie Pure du Droit*. C. Eisenmann (Dalloz 1962), n<sup>os</sup> 34, 35; M. Mialle, *Une introduction critique au droit* (Ed. Maspéro 1976), pp. 353 et s.

ности отдельной нормы, следует выводить эту иерархию из факта власти одной нормы над другой. То есть мы получаем иерархию норм, наполненную конкретным содержанием, а не ограничиваемся чисто формальной иерархией. Роль небезучастного практического интереса оказывается еще более существенной, поскольку появляется возможность именно с позиций этого автора оценивать действенность всех без исключения юридических положений.

Сегодня позиции этого интереса еще более окрепли, поскольку юридический порядок трансформируется и обновляется за счет наслоения различных юридических систем локального, национального или федерального уровней и в силу особой роли отдельных положений международного права. В частности Европейская Конвенция о правах человека и в еще большей степени договоры в рамках Европейского сообщества институтировали юридический порядок наднационального уровня, который рассматривается как определяющий для внутренних систем стран-участниц. Итак, с оговоркой на особые национальные пределы более или менее широкой трактовки ряда положений, отныне мы можем говорить о подчинении юридического порядка отдельного государства юридическому порядку наднационального уровня. Роль практики Суда Европейского Сообщества или даже Европейского суда по правам человека и современные тенденции развития системы конституционного правосудия, в частности в Европе, а конкретно во Франции (1), служат строительным мате-

(1) L. Favoreu, "La modernité des vues de Charles Eisenmann sur la justice constitutionnelle", in "L'opinion de Charles Eisenmann", Economica et P.U.A.M., Paris, Aix en Provence, 1987, p. 85 et s.; M. Cappelletti, "Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle" R.I.D.C. 1981-625; D. Turpin, "Contentieux constitutionnel", P.U.F., Coll. Droit fondamental, Paris 1986; B. Genevois "La jurisprudence du Conseil Constitutionnel — Principes directeurs", Ed. S.T.H., Paris 1988.

риалом для организации, структурирования внутреннего юридического порядка, а также для упорядочения иерархической шкалы норм.

Таким образом, в связи с проблемой общих принципов права возникает вопрос о том, должны ли закон и регламент им соответствовать или они могут от них отступать. Для того чтобы ответить на этот вопрос, нам следует дать определение общих принципов права (§ 1) и установить их силу (§ 2).

### **§1 Определение общих принципов права**

71. Несмотря на то, что мы регулярно обращаемся к понятию "общие принципы права", его значение остается смутным, а природа "общих принципов" — неопределенной (Б), в том числе по причине неопределенности их источников (А).

#### **А • Источники общих принципов права**

72. Государственный Совет был тем органом, который в 1945 г. ввел и закрепил понятие общих принципов, "которые могут применяться даже в условиях отсутствия соответствующих текстов", согласно ставшей классической формуле из приговора Арамю от 26 октября 1945 г. Это действительно было нововведением, поскольку до сих пор Государственный Совет основывался в своих решениях исключительно либо на текстах, либо на правилах, происхождение которых не уточнялось, но по типу они определялись как преторианские. В сфере частного права факт существования достаточно насыщенного арсенала письменных правил оставляет меньше места для неписаных общих принципов, чем в сфере государственного права, где в силу возможности добровольного отречения от частного права, согласно взглядам Бланко, существовало "своего рода

ничейное юридическое поле" (1) и где судья был вынужден пытаться найти принципы в определенной репрезентации отношений между человеком и властью (2). И все-таки общие принципы права здесь присутствуют. Некоторые тексты из Гражданского кодекса (3) содержат ссылку на общие принципы, действующие в какой-то одной сфере. Начиная с XIX в. Кассационный суд Франции ссылался на некоторые принципы, например, на "принцип справедливости", для того чтобы обосновать преторианские по духу решения, в частности относительно незаконного обогащения и признания действия "in rem verso" ("против вещей, а не лица") (4). Приговоры из более близкого к нам времени используют именно такую формулировку — "общие принципы" (5). Государственный Совет если и является тем органом, который изобрел общие принципы права, в строгом смысле этого слова, сегодня больше не обладает "монополией на их разработку и использование". Конституционный Совет в настоящее время использует эту теорию при осуществлении контроля за конституционностью законов (6). Учитывая все сказанное, мы вынуждены констатировать, что общие принципы права не только могут существовать в условиях отсутствия текстов, но и быть выраженными в Конституции или в законе. В

(1) G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit Administratif* (P.U.F. 1980, Coll. Thémis), p. 379.

(2) J. Rivero, art. précité.

(3) Art. 1584, 1196, 2021 C.Civ.

(4) Req. 15 juin 1892 D.P. 1892 I 596; S. 1893-I. 281 note Labbé; см. также Req. 21 juillet 1862 D. 1862 I 54 о конфиденциальном характере писем, адресованных третьим лицам.

(5) Например, Civ. 25 juillet 1938 D.H. 1938-531; Grim. 12 juin 1952 J.C.P. 1952 II 7241 obs. Brouhot (о праве на защиту); Civ. 1<sup>ère</sup> 10 décembre 1985 Bull. Civ. I n° 339 p. 305; D. 1987 II 449, note G. Paire.

(6) A. De Laubardère, *Traité de Droit administratif*, T. I (8<sup>e</sup> éd. 1980), n° 423; R. Chapus, *op. Cit.*, n° 110.

преамбулах конституций 1946 и 1958 гг. имеется ссылка на "фундаментальные принципы". Источником для принципа гражданской ответственности являются положения из ст. 1382 ГК. Новый гражданско-процессуальный кодекс Франции содержит указания о "руководящих принципах процесса". В текстах последнего времени неосторожно провозглашается их собственная философия: Закон № 82-526 от 22 июня 1982 г. закрепляет в разделе I свои "общие принципы", а в ст. 1° "фундаментальное право на жилище"; Закон № 83-8 от 7 января 1983 г. в ст. L HO C. Urb. констатирует, что "территория Франции находится в общем владении нации"! Таким образом, нам не следует оспаривать позитивное значение общих принципов. Но для того чтобы определить их юридическую силу, необходимо найти источник, из которого они эту силу черпают. Дело в том, что их происхождение, независимо от того, проистекают они из законов или нет, остается неопределенным. Их корни можно найти в письменном праве, в обычае и в судебной практике (1).

73. Общие принципы права на первый взгляд могут показаться "производной, синтезом разрозненных законодательных текстов" и "формулировкой правил, имплицитно содержащихся в любой законодательной системе", и тогда "силу" общих принципов следовало бы искать "в законе как таковом". Функции судьи в таком случае ограничивались бы "толкованием недостаточно четко выраженных пожеланий законодателя и не имели бы никакого отношения к процессу порождения принципов" (2). Общие принципы извлекались бы из закона "четко выраженным индуктивным путем, а судебная практика ис-

(1) B. Jeanneau, "La nature des principes généraux du droit en droit français", *Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'université de Paris*, T. XXIII 1962, pp. 203 et s.

(2) Ibidem, p. 205.

пользовала бы систематизацию, приводимую в действие толкованием и главными идеями, которые толкование выделяет из текстов" (1). Такое объяснение может показаться недостаточным. Некоторые принципы, как, например, теория преемственности общественных служб, не могут быть просто выведены из существующих законов; желание законодателя слишком неопределенно и подвержено влиянию извне, чтобы из него можно было выковать надежную опору для судьи. Также мы не находим для них четких обоснований в преамбуле Конституции и в Декларации прав человека, поскольку из этих документов не проистекает ни один общий принцип, и судебная практика не ссылается на них как на источники.

Но тогда возникает вопрос: является ли источником общих принципов традиция и питается ли их авторитет (сила, власть) от авторитета *обычая*? Положительно ответить на этот вопрос заставляет анализ большого числа принципов, выраженных правилами или традиционными сентенциями, но есть много таких установок, которые на проверку оказываются всего лишь диффузными идеями, и судьи не дают их четких формулировок. Более того, если обычай существует сам по себе и именно поэтому может влиять на судью, общие принципы как таковые не имеют никакой формы самостоятельного существования: "силу и жизнь им дает судья" (2).

Поэтому мы должны признать, что источником власти для общих принципов является судебная практика. С точки зрения формы и основы, это бесспорно так в отношении административных юрисдикций. Хотя судья всегда старался избавиться от роли автора общих принципов права, мы не можем не видеть в них "его, судьи, нормативной власти".

(1) J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de Droit Civil*, "Introduction générale", n° 449; R. Chams, *op. cit.* n° 97.

(2) B. Jeanneau, *op. cit.*, p. 208.

Мы можем также признать, что судебная власть "управляет", когда (как теперь во Франции Конституционный Совет или как Верховный суд в США) она может предъявить свой закон законодательной власти (1). Тот факт, что (согласно современной французской доктрине Конституционного суда) решения судебной власти должны опираться на точные положения из текстов, без сомнения, делает такое утверждение более слабым: Конституционный суд в таком случае "не считает себя вправе вольно распоряжаться источниками конституционного права", благодаря чему гарантируется стабильность его решений (2). По той же причине появляется возможность различать природную основу принципов конституционного значения, которые являются принципами письменного права, "включенными" в тексты конституций, и природную основу "общих принципов права", которые "могут применяться даже в отсутствие текстов".

Особенностью французского права является то, что норма здесь прежде всего выражается через закон; в других юридических системах, где также существуют законы, она распространяется и на функции судебной власти. Последняя поэтому не может свободно формировать или отклонять те или иные общие принципы. А они, в свою очередь, являются плодом тенденций, скрытых от внешнего взгляда в недрах общества, либо выражением "духа законов". Итак, общие принципы определяют действия судебной власти, которая не решается изъять их из философской, моральной и юридической данности. Именно этими обстоятельствами объясняется общий характер, перманентность и трансцендентность общих принципов права, именно эти обстоятельства определяют их содержание.

(1) J. Rivero, art. précité D. 1951, 1, 23.

(2) G. Vedel "Le précédent judiciaire en droit public français" R.I.D.C. 1984-6 p. 283 et s.; см. также R. Chapus, *op. cit.* n°s 110 et 111.

## Б • Понятие общих принципов права

74. Общие принципы — это положения (правила) объективного права (а не естественного или идеального права (1)), которые могут выражаться, а могут и не выражаться в текстах, но (обязательно) применяются в судебной практике и обладают достаточно общим характером.

Общие принципы не обязательно воспроизводятся в положениях (правилах) позитивного права; они менее строгие и точные, чем предписания из формальных текстов. Общие принципы должны быть сформулированы по крайней мере судебной властью; они наделены такими качествами, как власть, строгость и применимость, и именно благодаря этому такими же качествами обладают размытые желания законодателя, выражаемые и конкретизируемые общими принципами. Однако среди всех правил, которые судебная практика решается применять "без текста", не все можно отнести к разряду общих принципов права. Многие из них оказываются всего лишь решениями, сформулированными судьями для того, чтобы сгладить умалчивания, смутные места и противоречивость закона. Эти решения не настолько "фундаментальны", чтобы влиять на возможности регламентов, а тем более, чтобы претендовать хоть на какую-то значимость для конституции. В случае возникновения сомнений только чтение приговоров позволяет сказать, следует ли тот или иной принцип рассматривать как общий принцип права (2).

75. На языке философов принципами называются "системы положений директивного характера, которым подчиняются все последующие процедуры" (3). Несмот-

(1) G. Vedel et P. Delvolvé, *op.cit.*, p. 378.

(2) A. De Laubadère, *ibidem*.

(3) *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, de Lalande, см. статью "principe", составленную J. Boulanger, см. ст., процитированную выше, п° 5.

ря на тавтологию, можно сказать, что именно *общий характер* общих принципов права лучше всего характеризует их дефиницию и позволяет их обособить от простых юридических правил. "Принцип и юридическое правило отличаются друг от друга не только степенью важности, но и природой". Конечно, любое юридическое правило, по определению, является обобщением; однако под общим характером юридического правила понимается не то же самое, что понимается под принципом. Правило является обобщением, поскольку оно "установлено для неопределенного количества актов и фактов". Однако это не мешает ему сохранять свою специфику, и оно регулирует только "те или иные факты или акты", которые соответствуют его предмету. Принцип же, напротив, выступает как обобщение, "потому что он предполагает бесконечный ряд применений". Так, Ж. Буланже (4) дает два примера, иллюстрирующих это отличие. Ст. 725 *TKa contrario*, допускающая, что еще только зачатый ребенок имеет право на наследство, излагает всего лишь правило передачи наследства. Старый принцип из Дигестов, согласно которому еще только зачатый ребенок рассматривается как рожденный в случаях, когда речь идет о его имущественных интересах, регулирует, в отличие от вышеупомянутого принципа, все вопросы, имеющие отношение к уже наступившей правосубъектности. Аналогично ст. 2777 ГК, излагая короткие предписания, полагает только правила. Правило, дающее возможность погашения всех неоплаченных долгов через предписание, соответствует общему принципу. Таким образом, оказывается, что "принципы господствуют над позитивным правом", тогда как юридические правила являются всего лишь отдельными случаями их применения или

(4) Art. précité n° 5 et 6; см. также J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, n° 447.

исключениями (1). И действие общих принципов распространяется за пределы различных отраслей права. Принцип равенства всех перед законом и в отношении общественных обязанностей, принцип неосновательного обогащения, принцип состязательности, который в такой же мере затрагивает государственное право, как и частное. В основном мы можем утверждать, что существует единый корпус неписаных принципов, которые управляют одновременно всеми сферами права. Но и без этого утверждения мы можем говорить, что именно на уровне общих принципов права различные сферы юридического порядка и разные юридические системы обнаруживают свое единство (2). Поэтому такие общие принципы следует считать правообразующими принципами.

76. Наконец, еще одна характерная черта общих принципов права — это *их применение в судебной практике*. Если точнее, судебная практика не создает их из первых попавшихся элементов, но "извлекает из закона или из обычая при помощи толкования" (3). Общие принципы как бы "взвешиваются" в уме, занятом рассмотрением правовой проблемы (4), и судья их идентифицирует. Редко бывает так, чтобы законодатель провозглашал фундаментальные принципы, разве что, как в случае с Декларацией прав человека, в связи с большими политическими и социальными переменами. Законодатель больше заботится о том, чтобы сделать "конкретное дело" путем издания юридических правил, напрямую связанных с реальностью и так же напрямую применяемых (5). Более того, опыт-

ный законодатель должен остерегаться засорения закона декларациями каких-то принципов, которые будут привносить расплывчатость философских построений в сферу, где должна царить техническая отточенность, и порождать неуверенность, когда возникнет необходимость в обеспечении юридической безопасности. Законодатель Кодекса Наполеона сумел удалить из Гражданского кодекса все вступительные речи. Задача интерпретатора заключается в том, чтобы выделить принципы, на которых основываются юридические правила и обеспечить их понимание, применение и развитие. Поскольку общие принципы — это правила, которые служат идейной основой для объективного права, необходимо оценить сферу их влияния, чтобы затем определить его масштабы.

#### **с \*у Сфера распространения общих принципов права**

77. С тех пор, как Конституция 1958 г. учредила во Франции Конституционный Совет, Государственный Совет больше не является монопольным разработчиком теории общих принципов права. Действительно, в настоящее время эта теория используется как для контроля за законностью административных актов, так и для контроля за конституционностью законов. Поэтому возникает необходимость разделения общих и фундаментальных принципов права (А), прежде чем оценить их место в иерархии норм (Б).

#### **А • Принципы общие и принципы фундаментальные —**

78. До момента, пока во Франции по Конституции 1958 г. не был учрежден Конституционный Совет, не было смысла изучать вопрос о том, имеют ли какую-то значимость для конституционного строя общие принципы

(1) J. Boulanger, *ibidem*.

(2) B. Jeanneau, art. précité, p. 204.

(3) J. Ghestin et G. Goubeau, *op.cit.*, n° 447; G. Marty et P. Raynaud, *Traité de Droit Civil "Introduction générale"*, n° 126.

(4) J. Carbonnier, *Droit Civil-Introduction-Les personnes*, n° 29.

(5) J. Boulanger, *op.cit.*, n° 7.

права в целом или хотя бы некоторые из них. Закон, даже если он противоречил Конституции, не мог быть пересмотрен, поскольку не существовало системы контроля, оценивающей законы на соответствие Конституции (1). С вмешательством Конституции 1958 г., заложившей основы независимой регламентирующей власти (2), сфера влияния которой не совпадала с областью, где господствует закон, возникла проблема иерархии: что важнее — действительный характер независимых регламентов или соблюдение общих принципов права? Государственный Совет решил, что независимая регламентирующая власть должна подчиняться правилу соблюдения общих принципов права, которые, проистекая из преамбулы Конституции, предписываются к исполнению любым органом действующей власти, "даже в отсутствие законодательных положений" (3). Тогда специалисты сошлись во мнении, что существует две категории общих принципов: *одни*, наиболее важные, соответствуют фундаментальным правилам, проистекающим из Декларации 1789 г. и Преамбулы 1946 г., и имеют конституционную значимость; *другие* предназначены лишь для того, чтобы сгладить несовершенства аппара-

(1) Государственный Совет всего-навсего отказался признать, что ряд законов шел вразрез с некоторыми принципами, например, с правом принуждения к соблюдению законности средствами правовой защиты от административных актов (СЕ. 17 février 1950, Dame Lamotte R.D.P. 1951, p. 478 concl. Delvolvé note M. Waline).

(2) Партикулярный характер независимых регламентов оспаривается некоторыми авторами; R. Chapus, *op.cit.*, n<sup>o</sup> 108 et s.; L. Favoreu "Les règlements autonomes n'existent pas" Rev. Fr. de Dr. Adm. 1987, 871. Остается только добавить, что если эти Декреты располагаются на том же уровне, что и другие, то источник их действительности следует искать непосредственно в Конституции.

(3) СЕ. 26 juin 1959, Synd. des ingénieurs-Conseils, R.D.P. 1959, 1004 Concl. Fournier; D. 1959 II 541, note L'Huillier; S. 1959-202 note R. Drago.

та законов и регламентов, и имеют лишь значение законов или подзаконных актов (1). Конституционный Совет, в свою очередь, согласился впоследствии с тем, что "фундаментальные принципы, признанные законами и Республикой и торжественно подтвержденные в преамбуле Конституции", обладают силой конституционных положений, и закон, противоречащий таким принципам, может быть объявлен неконституционным (2). Подобно тому, как в Соединенных Штатах в 1803 г. приговором по делу "Мэрибюри против Мэдисона" было узаконено право судов осуществлять контроль за конституционностью законов, Конституционный Совет Франции признал за собой право на цензуру актов законодателя во имя соблюдения "фундаментальных принципов". Итак, у некоторых из общих принципов изменились одновременно природа и значимость, поскольку, с одной стороны, их сила больше не основывалась на нормативном праве судьи или на обычае, но на Конституции, а с другой — она оказалась выше авторитета законодателя.

79. Уже тогда особо было сказано об угрозе "если не перехода власти к судьям, то, по крайней мере, конфликтов между парламентом и его цензорами". Это было вызвано опасениями, что текст Преамбулы 1946 г., "по сути политический компромисс, насыщенный намеками", который разрабатывался не для того, чтобы обеспечить фундаментом контроль за законом", будет навязываться через судей "тем, кто выражает волю нации" под видом конституционной нормы: в первых строках Конституции Франции, в отли-

(1) Concl. Fournier précité; R Le Mire *La jurisprudence du Conseil Constitutionnel et les principes généraux du droit*, Mélanges R.E. Charlier (1981), pp. 171 et s.

(2) С Const. 16 juillet 1971, D. 1972 II 685; J. Rivero, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République: une nouvelle catégorie constitutionnelle?* D. 1972 1265 et s.; G. Vedel et P. Delvolvé, *op.cit.*, pp. 378 et s., spec. P. 383.



чие от немецкого или итальянского аналогов, не содержалось точной формулировки фундаментальных свобод граждан этой страны (1). В то же время, еще до того, как была подтверждена необходимость контроля за конституционностью законов и было определено, что контроль осуществляется во имя соблюдения фундаментальных принципов, специалисты указывали на некоторое смещение (проявившееся в практической деятельности Государственного Совета) таких понятий, как область распространения правила, уточнение которой относится к сфере компетенции Совета, и ранг правила, уточнение которого не входило в сферу компетенции Совета, поскольку он определялся по закону, каков бы ни был уровень этого закона (2).

А сегодня, когда во Франции создан и функционирует Конституционный Совет (3), трудно спорить с тем, что существует по крайней мере две категории общих принципов, одни из которых в силу их конституционной значимости можно считать фундаментальными, и они являются обязательными для самого законодателя и, а fortiori, для исполнительной власти, тогда как другие, если хотите, просто общие принципы, обязательны для выполнения только на уровне исполнительной власти и не распространяются на уровень законодательной власти (4). Поэтому необходимо признать, что лю-

(1) J. Rivero, art. Précité p. 268.

(2) R. Chapus, *De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres régies jurisprudentielles du droit administratif*, D. 1966 I 99.

(3) См. также, напр., C. Const, 10 janvier 1982, D. 1983 II 169, note L. Hamon; J.L. Mestre, *Le Conseil Constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété*, 1984 I 1 et s., положения, закрепляющие конституционную значимость свободы предпринимательства и собственности.

(4) P. Le Mire, *op.cit.*, p. 177; в том же смысле L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel* (Sirey 1975), p. 251.

бой фундаментальный принцип является, по определению, общим, но никакой общий принцип не может считаться в равной мере фундаментальным. Данный анализ позволяет определить место общих принципов в иерархии норм.

## **Б • Место общих принципов в иерархии норм**

**80.** Дискуссии на уровне толкования вокруг вопроса об общих принципах права и так называемых фундаментальных принципах обусловлены, возможно, смешением понятий юридической значимости принципов и их функции. С точки зрения Конституционного Совета, речь идет о том, чтобы оценить конституционность законов исходя из того, насколько они соответствуют конституционным нормам. Такая высокая инстанция, как Конституционный Совет, может основываться только на тех общих принципах, которые имеют конституционную значимость, и должна отличать их от других установок. Наоборот, что касается судей административных судов, то различие двух категорий общих принципов будет излишним: такой судья занимается только оценкой регламентирующих актов на соответствие закону и не оценивает его характер (действительный или нет), поскольку закон — это норма, которая определяет в том числе действия самого судьи (1). Если функция фундаментальных принципов сводится к определению степени конституционности закона, то общие принципы играют роль средства для определения законности регламентирующих положений, и сегодня все согласны с тем, что предписания такого уровня, независимо от того, идет ли речь о независимых регламентах, оговоренных ст. 37 Конституции, подчиняются системе общих принципов права.

(1) A. De Laubadère, *op.cit.*, n° 423, in fine; G. Vedel et P. Delvolvé, *op.cit.*, p. 384.

81. Теперь мы можем согласиться с тем, что решения Государственного Совета имеют "подзаконную" и "надзаконную" значимость (1). Что касается решений Конституционного Совета, их можно считать "надзаконными и подконституционными" (2). Такое включение судебной сферы в рамки иерархии текстов покажется спорным, если мы будем придерживаться традиционной формальной иерархии. Но оно будет справедливым, если мы примем идею материальной структуры (3). Во всяком случае, этот прием имеет одно достоинство — он показывает, что *общие принципы права имеют законодательную значимость* и что в рамках иерархии норм они располагаются над административными актами самого высокого уровня. То есть они *имеют обязательный характер на уровне регламентирующей власти*, за исключением тех случаев, когда они наделяются лишь вспомогательной функцией (4), а закон не обязательно должен им соответствовать. В то же время, с точки зрения контроля за конституционностью законов со стороны Конституционного Совета, *те из общих принципов, которые, основываясь на Конституции или "на фундаментальных принципах, признанных законами Республики", являются одновременно подлинно конституционными положениями, в иерархии статусов располагаются выше законов* (5).

Для того чтобы интеграция (на соответствующем уровне в иерархии норм) фундаментальных принципов, имеющих значение для Конституции, была полной и действительно эффективной, необходимо, чтобы и судья общего суда, и

(1) R. Chapus, *ibidem*; G. Vedel et P. Delvolvé, *ibidem*.

(2) G. Vedel et P. Delvolvé, *ibidem*; R. Chapus *op.cit.* n°s 110 et 111.

(3) См. выше, n° 70.

(4) И тогда регламенты могут отходить от этих принципов, а сами принципы смогут применяться только в отсутствие противоречащих им текстов, см. concl. Braibant B C E. 2 mars 1973, Dlle Arbousset, R.D.P. 1973-1066.

(5) P. Pactet, *op.cit.*, p. 524.

судья административного суда, а также их арбитражный коллега были подчинены Конституционному суду и применяли его решения. Приходится констатировать, что французская правовая система сегодня не может служить примером такой интеграции, поскольку здесь не наблюдается и даже не ожидается сдвигов в этом направлении (1)...

Теперь, когда мы признали авторитет общих принципов права, возникает вопрос об их месте среди многочисленных норм (правил) объективного права.

(1) См. по этому вопросу L. Favoreu, "L'application des décisions du Conseil constitutionnel par le Conseil d'Etat et le Tribunal des conflits", Rev. Fr.de Dr. Adm. 1987-2-264; "L'effet des décisions du Conseil Constitutionnel à l'égard du juge administratif, Rapport français aux 13<sup>e</sup> journées juridiques franco-italiennes (1987): см. R.I.D.C 1988-1,267 et s.; "La décision de constitutionnalité", R.I.D.C. 1986-3,611 et s., spec. P. 628 et s, см.противоположное мнение: R. Chapus, *op.cit.*, n° 112.

## 2 ПОЛОЖЕНИЕ ОБЩИХ ПРИНЦИПОВ В КОРПУСЕ ПРАВОВЫХ НОРМ

### Раздел

Теперь речь опять пойдет о противопоставлении принципов (общих правил) и обычных юридических правил, где последние являются всего лишь случаями применения первых или исключениями из них (1). При таком подходе мы должны констатировать, что принципы в значительной мере определяют содержание (§ 1) любой юридической системы. Но факт их присутствия в различных отраслях права и их большое разнообразие заставляют оценить их также и в количественном плане (§2).

### §1 Функциональное значение принципов права

83. Функциональное значение общих принципов права связано с авторитетом, который за ними признается и благодаря которому они вменяются судье, органам регламентарной власти или даже законодателю. Помимо зависящих от конкретного случая моральных и философских целей общие принципы, выступая структурным элементом юридического порядка, раскрывают свою двойную фундаментальную (А) и техническую (Б) функцию.

#### А • Фундаментальная функция общих принципов права

84. Общие принципы составляют базу всякой юридической конструкции. Юридические правила могут быть сформулированы и могут развиваться только с оглядкой на общие принципы права и при их участии; правила должны согласовываться с общими принципами, хотя иногда могут от них отступать.

(1) См. выше, п°75.

Подчиненность органов администрации общим принципам права и увеличение числа принципов, уже закрепленных Государственным Советом, ведут к обогащению законодательной базы и к ослаблению в такой же мере власти администрации в чрезвычайных обстоятельствах (1). В сфере частного права закрепление общих принципов в судебной практике (независимо от формы: категоричной, как, например, в вопросах незаконного обогащения или в брачных вопросах, или более размытой, как когда-то в отношении оговорки к праву пожизненной ренты) делает их источником права. Обязательный характер их силы проистекает из обязательности закона, а кассационный суд гарантирует их соблюдение наравне с законом. Суд подвергает цензуре конкретные решения, не учитывая при этом содержание сентенций или изречений, выражающих общие принципы (2). Хорошо известно, что когда существует контроль за конституционностью законов, законодатель сам вынужден соблюдать фундаментальные принципы.

Следует также признать, что вне конституций должны существовать такие фундаментальные принципы, которые главенствуют над конституционными положениями.

В 1950 г. Конституционный суд Бавьера признал, что существуют "конституционные положения, которые на таком элементарном уровне и настолько убедительно выражают право, первичное по отношению к Конституции, что они распространяются и на деятельность законодателя как соучастника конституционного процесса и влекут подчиненность других конституционных положений, которые, располагаясь на более низких уровнях иерархии, противоречат им". Из пространного текста Верховного суда Соединенных Штатов, посвященного толкованию конституцион-

(1) G. Vedel et P. Devolve, *op.cit.*, p. 373.

(2) J. Ghestin et G. Goubeaux, *op.cit.*, n° 449 и 450 и процитированные ссылки.

ной поправки "due process of law" ("надлежащей законной процедуры"), видно, что этот орган также был вынужден рассмотреть вопрос о конституционности законов относительно надконституционных принципов "естественного права", а именно относительно фундаментальных принципов свободы и справедливости, которые составляют основу институтов частной и политической жизни американцев (1). Авторитет отдельных фундаментальных принципов, закрепляемых и защищенных международными соглашениями, например, Европейской Конвенцией по правам человека или договорами Европейского Сообщества, придает им характер принципов наднационального уровня, которые, хотя и с определенными оговорками, не должны игнорироваться учредительными органами стран, подписавших эти соглашения. Европейский Суд недвусмысленно признает, что право, действующее в рамках Европейского Сообщества, имеет преимущество перед конституциями входящих в него государств (2).

Итак, общие принципы, в широком смысле, составляют каркас юридической мысли и играют важную роль в интерпретации закона. Судьи опираются на них, когда необходимо определить смысл неясных или двусмысленных текстов. Если при анализе некоторого правила выясняется его несоответствие принципу, суд должен дать строгую интерпретацию такого правила. Но роль общих принципов оказывается еще более значительной, когда речь идет о

(1) Bay Verf. GH, 24 Avril 1950, Verw Rspr. 2, 273 (279); G. Mitsopoulos, "Problèmes de la validité du droit", in "Studi in onore di Enrico Tullio Liebman", Ed. Giuffrè, 1979, Vol. 1-303, n° 8 et s., а также процитированные ссылки; см. также C. D'Appel Athènes Arrêt n° 118/75 (процитировано у M. Mitsopoulos), где признается существование "доконституционных и надконституционных принципов справедливости, представляющих собой гарантию сохранения ценностей, не подлежащих отмене, в общем сознании; эти принципы необходимы государствам в качестве надежных опор (правового) фундамента..."

(2) C.J.C.E. 17 Dec. 1970, Internationale Handelsgesellschaft, précit.

сглаживании юридических пустот. Статья 4 Гражданского кодекса Франции предписывает судебным органам, под страхом отказа в правосудии, выносить приговоры по юридическим ситуациям, которые им представляются на рассмотрение. В случае, когда закон молчит или недостаточно четко высказывается по данному вопросу, суд должен находить решение в свете общих принципов. А если общие принципы уже закреплены в законах и применяются в судебной практике (нередко при подстрекательстве толкователей), тогда они наравне с принятыми судебными решениями служат опорой другим юридическим конструкциям и участвуют в создании новых юридических правил, то есть в эволюции юридической системы (1).

85. Общие принципы права представляются также одним из наиболее эффективных катализаторов процесса эволюции правовой системы. Жени великолепно описал этот непрерывный процесс регенерации: мы усваиваем какой-то текст или совокупность текстов; мы извлекаем из них какой-то принцип; получив его, мы выводим новые конкретные случаи его применения (решения, приговоры и т.п.) (2); мы закрепляем эти решения в новых юридических правилах, из которых и состоит правовая система... Можно ли еще более ярко выразить необходимость отказа от застывших формулировок и оправдать знаменитую "свободу научного поиска"?

Между тем истинная свобода этого поиска более относительна, чем это представлял себе Жени. Эволюция права тоже имеет свои внутренние законы, и эти законы юридической эволюции задают определенное направление новаторским усилиям наиболее смелых юристов. К числу фак-

(1) J. Boulanger, *op.cit.*, n° 15 et s.

(2) F. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2<sup>e</sup> éd., 1919, T. I, n° 20 et s.; J. Boulanger, *op.cit.*, n° 16.

торов, определяющих эволюцию в сфере права, конечно, следует отнести великие политические, экономические и социальные революции, которые вызывают к жизни новые и низвергают устоявшиеся, традиционные принципы. Если установки, действующие на уровне политики, экономики, морали, могут быть радикально изменены, то технические принципы, несмотря ни на что, должны обеспечивать определенную преемственность юридического порядка. Иными словами, в долгосрочной перспективе мы наблюдаем обычную эволюцию в сфере соприкосновения и равновесия различных юридических принципов, тогда как юридические правила подвергаются более глубоким изменениям. Действительно, в то время как исчезновение или модификация простого правила носит чаще всего "эпизодический характер", изъятие или радикальное изменение какого-либо принципа "грозит повлечь за собой глубокие потрясения во всей юридической системе, поскольку в таком случае на кон поставлена судьба большого числа юридических правил" (1). Таким образом, подлинно общие принципы, то есть те, которые не только служат элементами, объединяющими здание отдельного правового института (2), но и соприкасаются с самим фундаментом юридической системы, имеют очень долгий срок жизни; эти принципы служат интерпретации новых законов, которые таким путем интегрируются в общий юридический порядок и адаптируются к нему, поэтому названные принципы выступают фактором стабильности правовой системы, не исключая при этом возможности ее эволюции. Кроме того, на принципы со стороны новых законов оказывается воздействие обратной направленности. Свежие положения могут изменить направленность отдельных принципов и вызвать к жизни новые. Следует отметить, что случаи, когда юридическая ситуация полностью подчинялась бы одному-един-

(1) J. Boulanger, *op.cit.*, n° 26.

(2) См. ниже, n° 165 et s.

ственному принципу, очень редки. Правовой процесс всегда подвержен влиянию со стороны множества различных обстоятельств; технические роли взаимодействующих друг с другом принципов имеют определяющее значение для юридического решения, которое должно из этих ролей вытекать.

## **Б • Техническая функция общих принципов -**

**86.** Объединение нескольких общих принципов в рамках одной ситуации или в рамках данной юридической сферы происходит на уровне соответствующей всем им технической роли при их взаимодействии друг с другом. Стремление уловить тонкую игру взаимодействий между различными общими принципами, как и любое стремление к систематизации, чревато опасными и непредвиденными поворотами.

Несмотря на это, мы можем констатировать, что во всех юридических сферах одновременно сталкиваются принципы, определяющие правила или юридические решения, и принципы, предназначенные для корректировки законных решений (то есть для предотвращения злоупотреблений и отклонений от норм).

Таким образом, общие принципы, в зависимости от конкретного случая, могут быть *направляющими* или *корректирующими*.

Некоторые принципы по своей функции являются *направляющими* — от них зависит социальное устройство: к этой группе относится принцип, согласно которому "закон обязателен для всех", принципы силы судебного постановления, равенства всех перед законом и перед всеобщими обязанностями, фундаментальных свобод, отсутствия обратной силы закона, соразмерности преступления и наказания... безусловно, все эти принципы являются главными, несущими элементами конструкции любого юридического здания...

Другие принципы по своей природе являются *принципами корректирующими*, они корректируют принимаемые от имени закона решения, которые без соответствующего исправления могут оказаться несправедливыми или не приспособленными для целей общества. Так, принцип "*fraus omnia corrumpit*", согласно которому возможность мошенничества, вообще обхода закона исключается абсолютно из всех правил, или так называемый принцип "*nemo auditur...*", согласно которому никто не может рассматривать дело, по которому проходит сам, и, в более широком смысле, принцип чистосердечия — все они безусловно наделены именно такой природой.

Однако очень многие принципы могут проявляться поочередно то как направляющие, то как корректирующие, что зависит от ситуаций, при рассмотрении которых к ним обращаются, и от принципов, с которыми они вступают в конфронтацию: в таких случаях их направляющая или корректирующая роль всегда будет относительной. Выдвинутый в ст. 6 французского Гражданского кодекса принцип, согласно которому "в частных соглашениях не допускаются положения, противоречащие законам, касающимся общественного устройства и правил морали", является направляющим в том смысле, что он передает потребность в общественном порядке и превосходство последнего над индивидуальными желаниями и частными интересами. В то же время это принцип корректирующий, поскольку он смягчает радикальность принципа свободы воли. Гражданский закон в целом не обладает эффектом обратного действия, за исключением тех случаев, когда вопрос стоит о сохранении общественного порядка: превосходство общественного порядка над индивидуальными правами позволяет внести коррективы в содержание принципа "отсутствия обратной силы закона".

Иногда позитивное право само некоторым образом квалифицирует принципы, которые закрепляются в его положениях. Так, новый гражданско-процессуальный кодекс

выражает "направляющие принципы судебного процесса"; Конституция в своей преамбуле закрепляет "фундаментальные принципы, признанные законами Республики". Но, что случается гораздо чаще, идентификация природы задействованных принципов выпадает на долю толкователя.

87. Критерии оценки принципов нигде не описаны. Их (критериев) определение представляется делом нелегким. Прежде всего можно признать, что в отношениях между различными общими принципами права существует *иерархия значимости*. Так, все, что касается общественного порядка, считается превалирующим над частными интересами. Этим объясняется тот факт, что в отношениях между общественным порядком и принципами отсутствия обратной силы закона, свободы воли или неприкосновенности частной собственности... ведущую роль играют потребности общественного порядка. Аналогично, понятия фундаментальных свобод, как правило, превалируют над любыми другими мотивами. Поэтому, например, принцип отсутствия обратной силы закона в уголовном праве не может нарушаться во имя индивидуальных свобод и собственной конституционной значимости. Впрочем, постулат, согласно которому *частные правила могут отступать от общих правил*, помогает упорядочить взаимоотношения между общими принципами. Так, принципы, ограниченные конкретными специальными вопросами, должны применяться преимущественно по отношению к общим, имеющим более широкую область распространения. В своей сфере принципы выполнения обязательств образуют исключение из правила "*actori incumbit onus probandi*" ("бремя доказывания лежит на истце"), вытекающего из ст. 1315 ГК; таким же образом, принципы передачи прав и обязательств представителям сторон составляют исключение из принципа относительного действия договоров. Возможность соединения общих принципов друг с другом зависит, таким образом, в том числе от степени их специализации. В

данном случае следует исключить любое чисто формальное суждение. Только что представленные описания методик следует рассматривать всего лишь как самые общие сведения, в то время как главное место должно быть отведено вопросу отбора соответствующих примеров.

В то же время мы отмечаем, что увеличение числа исключений из действующих принципов объясняется появлением *новых* или *модификацией классических принципов*, а в некоторых случаях их исчезновением. Именно так из либеральных злоупотреблений родился дирижизм, а внедрившаяся под маской свободы вседозволенность вызвала к жизни такие права, как право на защиту частной жизни, права потребителя, права жертв (на компенсацию ущерба и т.п.), право на труд, на жилище... , которые постепенно были возведены в разряд общих принципов... Одновременно свобода воли стала уступать перед напоминаящим развитие раковых метастазов наступлением общественного порядка; стремление к консенсусу поблекло на фоне возрождения формализма... Точно так же требования индивидуальной свободы прогрессируют за счет неуравновешенного состояния личностей по мере того, как путем принятия соответствующих законодательных актов реализм захватывает ту часть права, которая регулирует семейные отношения, вытесняя принцип солидарности семейных уз. Увеличение численности и эволюция общих принципов права приводят, таким образом, к дополнительной необходимости определения их количественных и качественных показателей.

## **§2 Материальная ценность общих принципов**

**88.** Всякая оценка материальной ценности общих принципов права хотя бы частично будет произвольной. Трудно отличить общие принципы от простых юридических

правил, от чисто технических положений, от различных материальных инструментов права: например, как точно определить, является ли правило "*actori incumbit probatio*" общим принципом или техническим правилом? Может ли формализм рассматриваться как один из общих принципов права или он всегда остается лишь инструментом? Даже если бы нам удалось четко описать общие принципы, применяя вышеупомянутые критерии (1), мы не смогли бы составить их исчерпывающий и окончательный список, поскольку эта сфера права постоянно эволюционирует. Тем не менее мы можем констатировать разнообразие принципов (А) и попытаться разбить их на классы (Б).

### **А \* Разнообразие общих принципов права**

**89.** Общие принципы права очень разнообразны по форме и по глубинному содержанию. Некоторые принимают форму сентенций, нередко это выражения на латыни. Некоторые изречения вошли без изменений в тексты законов. Так, ст. 2279 ГК Франции гласит, "что характер владения движимым имуществом соответствует названию этого имущества"\*. Некоторые принципы нашли выражение в текстах; другие формально закрепились в судебной практике; третьи, наконец, существуют в скрыто выраженной форме, хотя и признаются. Что касается подлинного содержания, ряд общих принципов, как кажется, заимствован у морали, из представлений о справедливости или из естественного права — принцип чистосердечия, изречение "*fraus omnia corrumpit*" ("обман все извращает") — и совершенно очевидно имеет моральный подтекст. Другие общие постулаты, как, например, "незнание закона не освобождает от ответственности", или принципы, регулирующие составление текстов и их интерпретацию, или правило так называемой презумпции невиновности преследуют чисто

(1) См. выше, n<sup>os</sup> 74 et s.

\* То есть владение тоже "движимое". {Прим. пер.}

технические цели и предназначены для обеспечения связности юридического строя и для удовлетворительного применения права. Другие принципы имеют политическое значение. Так обстоит дело с индивидуальными свободами, свободой предпринимательской деятельности, свободой частной собственности... Таким образом, в основе общих принципов лежит различная мотивация. Одни принципы можно считать традиционными, поскольку они пришли из философии 1789 г.: индивидуальные свободы, равенство граждан, разделение властей... Другие, внутренне присущие юридическому порядку, были почерпнуты в частном праве или в процедурах гражданского права и распространены на сферу государственного права: правило отсутствия обратной силы закона; ответственность виновных за причиненный ущерб и право лиц, понесших ущерб, на компенсацию; сила судебного постановления; принцип состязательности. Наконец, есть принципы, которые объясняются потребностями жизни в обществе или "внутренней логикой существования правовых институтов, например, правилом преемственности общественной службы, тогда как другие принципы привязаны к определенной этике — например, правило соблюдения общего интереса или правило "nemo auditur..." (1)

90. Итак, во всех юридических материях общие принципы постоянно играют основную роль. В *международном праве* общие принципы закреплены как таковые (2). *Международное частное право* нередко прибегает к общим положениям, например, к принципу "взаимности". В *конституционном праве* были закреплены фундаментальные принципы, о которых мы сказали, что они стоят даже выше законодателя (3). Роль общих принципов в сфере админи-

*стративного права* тем более очевидна, что главная заслуга в разработке соответствующей теории принадлежит Государственному Совету. Так, эта высокая инстанция, помимо различных индивидуальных и коллективных свобод, принципа равенства или принципа защиты прав населения от посягательств со стороны административных органов, закрепила установки, регулирующие исполнение общественных обязанностей и деятельность администрации (1). Та же инстанция закрепила основные принципы в *уголовном праве*, отменив, например, в приговоре по делу *Канал* учрежденный в 1962 г. военный суд чести, мотивируя это тем, что деятельность этого института несла в себе посягательство на "общие принципы уголовного права" (2). Одновременно Государственный Совет провозгласил или подтвердил руководящие принципы *процессуального права*, причем речь шла как о правах на защиту, так и о принципе состязательности (3). В то же время судебные инстанции, например, кассационный суд, отметили важность общих принципов в вопросах уголовного права и в системе частного права.

В *уголовном праве*, как в плане создания, так и его применения, вопрос о соблюдении общих принципов, в силу того, что они гарантируют основные права и свободы индивида, становится особенно чувствительным (4). Несмотря на то, что, по мнению Рэне Родьера, "категория общих

(1) B. Genevois, "Les principes généraux du Droit (Aspects de droit administratif)" *Rev. Internationale de Droit comparé* 1980, 2<sup>e</sup> vol., pp. 279 et s.; см. R. Chapus *op.cit.* n° 98 et s.; относительно политических свобод см., в частности, Morange, "Libertés publiques", P.U.F., Coll. Droit fondamental, Paris 1985.

(2) CE. 19 octobre 1962, Canal Rec. cons. d'Etat, p. 552; A.J.D.A. 1962, p. 612, note J. de Laubadcre; JCP, 1963 II 13068 note C.Desbach.

(3) CE. 12 octobre 1979, Rass. des nouveaux Avocats de France, D. 1979II 606, note Bénabent.

(4) M. Puech, "Les principes généraux du droit (Aspect pénal)" *Revue Internationale de Droit comparé*, 1980, vol. 2, pp. 337 et s.

(1) См. J. Rivero, выше процитир. статья, D. 1951 1122.

(2) J. Boulouis, выше процитир. статья.

(3) См. выше, п° 78; см. также A. De Vita "I valori costituzionali come valori giuridici superiori nel sistema francese", in "L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei", Giufre Ed., 1985, T. II, 1161 et s.



принципов не существует в *частном праве*" (1), в связи с чем возникает проблема их определения, и несмотря на то, что место общих принципов в этой сфере действительно менее осязаемо из-за сильной плотности законодательства, мы можем с уверенностью констатировать: *гражданское и коммерческое право, гражданско-процессуальный кодекс...* основываются на принципах, затрагивающих суть предмета права; иногда они выражены в текстах законов; толкование и судебная практика иногда извлекают их из-под завалов законов и регламентирующих положений для того, чтобы объединить в единую связную систему все действующее законодательство, питаемое различными духовными источниками. Общие принципы гражданского права неизбежно разворачиваются в другие, более специальные правовые отрасли и могут проявляться, например, в *трудовом праве* (2), в рамках которых Государственный Совет и кассационный суд признали существование общих принципов. Последние, в зависимости от конкретного случая, могут происходить от коллективного права на собственность, от свободы предпринимательской деятельности или свободы заключения договоров или основываются на специфике трудового права, на его коллективном характере и на его методике заключения договоров, а иногда и на типе общественного устройства, и на особенностях использования закона, и на судебной практике в социальной сфере. В перечень сфер, где проходят отбор общие принципы, могли бы войти также и *фискальное право*, и *европейское право*; особое значение общих принципов проявляется везде, но их крайнее разнообразие не позволяет составить их полный список.

(1) R. Rodière, "Les principes généraux en droit privé français", *Rev. Internationale de Droit comparé*, 1980, T vol., pp. 309 et s.

(2) G. Lyon-Caen, *Du rôle des principes généraux du Droit Civil en droit du travail*, R.T.D. Civ. 1974, pp. 229 et s.

## Б • Попытка классификации общих принципов —

91. Любая попытка классификации предполагает наличие некоего критерия, позволяющего проводить различия. В качестве вариантов могут быть выдвинуты различные базы классификации. Мы будем говорить о трех из них, основанных соответственно на критерии уровня авторитета, мотивировки и функции общих принципов права.

Разделение *фундаментальных принципов*, на которых основываются положения Конституции, и *других общих правил* имеет то бесспорное преимущество, что опирается на разнородность источников их происхождения и соотносится с их делением на два вида, имеющих неодинаковую сферу распространения: одни определяют деятельность самого законодателя, тогда как другие влияют только на регламентирующую власть и на деятельность судов (1). Такая классификация используется частью толкователей, которые среди общих принципов различают еще простые, которые, обладая лишь вспомогательным значением, применяются только в случае, если нет препятствия со стороны законов, и от которых могут отступать регламенты (2), и принципы, которые обязательны для выполнения административными органами, но от которых могут отступать законы (3).

92. Относительно *мотивировки* были предложения в рамках французского административного права различать две большие категории принципов: одни — обслуживающие потребности политической философии и другие —

(1) См. *выше*, n°80ets.

(2) Например: принцип, согласно которому коллегиальный орган может приступать к обсуждению проблем только при том условии, что на заседании присутствует как минимум половина его членов.

(3) G. Vedel et P. Delvolvé, *op.cit.*, p. 385; R. Chapus, *op.cit.*, n° 114 et s.

ограничивающиеся обоснованием правил юридической техники (1). *Принципами политической философии* в таком случае следовало бы считать те, которые соотносятся с либеральной традицией (принципы равенства, а также права индивидов и объединений граждан), с логикой институционального порядка, нормами общественной жизни и фундаментальными социальными правами. *К принципам юридической техники* тогда будут относиться те положения, которые обеспечивают функционирование административных органов и деятельность различных судебных инстанций (2). Такое деление может быть перенесено на систему позитивного права: основы свободы личности или принцип частной собственности... могут использоваться в сфере политической философии, в то время как отступление частных законов от их общих правил и принцип состоятельности остаются не более чем техническими установками. Данная классификация, хотя и представляет бесспорный интерес как плод умственной работы, обладает одним существенным недостатком: она слишком расплывчата и не будет иметь на практике реальных последствий.

Поэтому мы считаем более предпочтительным представленное выше деление принципов на *направляющие* и *корректирующие* (3); данная классификация, даже не претендуя на большую близость к идеалу и при всей ее неопределенности в ряде вопросов, более интересна в том плане, что высвечивает роль общих принципов во всем юридическом устройстве и может эффективно дополнять классификацию принципов по сфере их распространения.

В заключение следует отметить, что независимо от типа используемой классификации общие принципы права являются отражением его постоянного и всеобщего влияния, которое, даже если и может быть сведено всего лишь к

(1) R. Odent, *Contentieux administratifs*, 1980, 1708.

(2) B. Genevois, *op.cit.*, pp. 285 et s.

(3) См. *выше*, n° 86.

нескольким крупным идеям, остается незыблемым. На этом едином фундаменте права рождаются юридические системы, различия между которыми обусловлены запросами окружающей среды.

## Иллюстрация

*Конституция и тексты конституционной значимости.* (Конституция и Преамбула и нормы, на которые они ссылаются, органические законы).

*Международные договоры и соглашения.*

*Законы и акты законодательной значимости* (обычные законы; указы, ратифицируемые, согласно ст. 38; решения, принимаемые, согласно ст. 16, по вопросам законодательства).

*Регламенты*

(указы, согласно ст. 38, еще не ратифицированные; решения по вопросам регламентирования, согласно ст. 16; регламентарные постановления министров, чиновников республиканского уровня и мэров городов...)

**фундаментальные  
принципы**

**простые общие  
принципы**

Обычай и  
судебная  
практика

93 Юридический феномен развивается и эволюционирует во временном, географическом и социальном контексте и не может рассматриваться в отрыве от него. Даже те ученые, которые создали для себя чисто волонтаристскую концепцию права и, отвергая любой детерминизм, возводят право до уровня метафизики, пронизанной духом абсолютных, вневременных и универсальных принципов, допускают, что право испытывает влияние со стороны временного, пространственного и социальных факторов. В противоположность этому объективное право призвано регулировать это окружение, а то и пытаться его моделировать.

Поэтому мы должны рассмотреть взаимосвязи и взаимовлияние между правом и окружающим его пространством. В ходе нашего анализа мы последовательно обратимся к отношениям *права и времени* (глава 1), *права и пространства* (глава 2) и *права и социальных факторов* (глава 3).

## Глава 1 ПРАВО И ВРЕМЯ

94. Часть вечности, одно из четырех измерений, время как репрезентативная единица непрерывного изменения Вселенной представляет для юриста фундаментальную ценность. Прежде всего отметим, что *юридический феномен располагается во времени*. Социальное по сути, юридическое правило существовало уже на стадии зарождения обществ и всегда изменялось и продолжает изменяться по мере эволюции обществ, из которых оно проистекает и которыми управляет. Питаясь моральными идеями, испытывая влияние со стороны разнородных факторов (социологических, экономических, технических, политических...), право является отражением общества, потребности которого оно обслуживает, и претерпевает эволюцию, протекающую параллельно с его эволюцией. Любая юридическая норма есть "попытка стабилизации социальных отношений, пребывающих в вечном становлении, а любой юридический порядок есть вызов времени, усилие, направленное на консервацию утверждаемого и закрепляемого им социального порядка. Впрочем, право как конструкция, располагающаяся на социальном уровне, как система интеллектуальных репрезентаций не в состоянии... парализовать эволюцию обществ. Право вынуждено непрерывно приспосабливаться к ситуации, чтобы сохранять свою эффективность перед лицом социальных преобразований. Более того, оно может предвирать... исторические сдвиги, направлять их и служить проводником... с целью установления нового порядка. Таким образом, в рамках любого юридического порядка устанавливается напряжение между консерва-

тивными и эволюционными силами..., результатом взаимодействия которых является такой порядок, который, с одной стороны, не может заставить застыть навечно в одном состоянии нормы, его образующие, и не может обновляться, сохраняя при этом целостность, день ото дня: именно такая перманентная трансформация называется преемственностью права" (1).

Юридический феномен очень четко совпадает с представлением о времени в интерпретации Гастона Берже: будучи "компромиссом между трансцендентальной потребностью и природным сопротивлением", время больше не воспринимается нами как "рамки, которыми мы себя ограничиваем, но как один из возможных способов представлять себе свое присутствие в мире" (2).

Нынешнее право создавалось на основе права вчерашнего дня, так же как право завтрашнего времени будет произтекать из современного.

95. Однако если мы рассмотрим время в его длительности и в последовательности его периодов или его моментов, окажется, что право в равной мере стремится *приспособиться ко времени* или, по крайней мере, воспринять его фундаментальные параметры: прошлое, настоящее и будущее.

Уже сама система определения времени по часовым поясам, закрепление единиц измерения времени, гражданский календарь могут рассматриваться как элементарные проявления того, что правовая система учитывает временной фактор.

Право не может ни игнорировать реальность времени, то есть момент или длительность какой-либо юридичес-

кой ситуации, ни упускать случая для урегулирования или организации отношений между временем и различными элементами юридической жизни. Воздействие времени на события в социальной сфере может принимать разные формы. Бергсон полагал, что "ошибка Канта состояла в том, что он принимал время за однородную среду", хотя в действительности вариации времени, переживаемого различными обществами или индивидами и вещами, непостоянны и могут быть стремительными или медленными, регулярными или прерывистыми, с забегами вперед или с запаздываниями (1)... Время, которое выступает опорой для любой человеческой деятельности, неразрывно связано с ней. Действие времени может быть просто зафиксировано юридическим правилом, которое в таком случае ограничится только констатацией следствий такого действия. Однако право может также участвовать в организации будущего, продолжать сложившуюся ситуацию в будущем, препровождать прошлое в настоящее или, наоборот, актуализировать его.

96. Таким образом, нельзя понять действующее право, не сопоставив его с предшествующим правом, как нельзя предвидеть будущее право, не экстраполировав на него современное право. Не следует также трактовать юридические ситуации, не уяснив для себя их истоки и не предвидя их грядущих последствий, при этом юридическое правило должно одновременно регулировать прошлое, настоящее и будущее таких ситуаций.

Отношения между временем и правом затрагивают, таким образом, одновременно *анализ права во времени* (Раздел 1) и *место времени в праве* (Раздел 2).

(1) M. Virally, *La pensée juridique* (Ed. L.G.D.J. 1960), p. 188.

(2) Gaston Berger, "L'originalité de la phénoménologie" (*Etudes philosophiques* 1954), pp. 249 et s., spéc. P. 259.

(1) P. Hébraud, "Observations sur la notion du temps dans le droit civil", *Etudes offertes à Kayser* (Ed. Presses Universitaires d'Aix-Marseille 1979), T.II, pp. 1 et s.

# 1 ПРАВО ВО ВРЕМЕНИ

## Раздел

97 Право непрерывно трансформируется, подстраи-

ваясь к ритму истории, затормаживая или питая его; благодаря этому право передает особенности своего времени и несет на себе стигматы той эпохи, когда сформировалось. Некоторые теории, прежде всего это касается исторической немецкой школы и ее родоначальника Савиньи (1), допускали, что "материя права задается всем прошлым нации" и что право, производная времени, эволюционирует вместе с ним. Здесь было бы кстати вспомнить "вступление" из Гражданского кодекса, где Порталис провозгласил: "кодексы народов создаются сами с течением времени; их не создают". Вспомним также о Монтескье, увязывавшего законы "с образом жизни народов... со степенью свободы, которую может допустить конституция, с религиозными убеждениями населения, с наклонностями людей, с уровнем их благосостояния, с их численностью, торговлей, обычаями, нравами". Одновременно мы констатируем, что право видоизменяется с течением времени и что юридический порядок данной страны находится в состоянии беспрестанной мутации. *Перманентная мутабельность права, его относительность во времени — такова одна из его основных характерных черт.*

Однако в связи с эволюцией права, предполагающей модификацию или исчезновение отдельных норм и вмешательство новых правил, возникает проблема сферы применения закона во времени.

Таким образом, нам предстоит последовательно проанализировать эволюцию права во времени (§1) и применение закона во времени (§2).

(1) Fr. Ch. De Savigny (1779-1860), *De la vocation de notre temps pour la législation et la Science du Droit*, Heidelberg 1814.

## §1 Эволюция права во времени

98. Мы достаточно ясно показали, "почему право неизбежно изменяется в зависимости от временных и географических координат" (1). Право меняется по мере того, как меняются характер вопросов, подлежащих регламентированию, и требования, предъявляемые со стороны "общественного блага"; на них указывал уже св. Фома Аквинский, они составляют фундаментальную, но непрерывно трансформирующуюся норму любой юридической системы. Модификация права является также функцией вариантных изменений общественного мнения относительно правил, которые оно диктует и которые, в свою очередь, для того чтобы быть эффективными и практикуемыми, должны быть поняты и приняты, а еще они должны быть понятными для народного сознания. Поэтому право меняется, ориентируясь в большей или меньшей степени на условия сельской местности или на условия города, на коммерческие интересы или интересы индивида, оно становится в большей или меньшей степени либеральным или авторитарным, более или менее общим или специализированным..., что обусловлено эволюцией обществ, в которых оно функционирует. Ни одна его отрасль не может избежать этих мутаций, даже наиболее фундаментальные институты государственного или частного права; в то же время эти основы права живут дольше, чем их поверхностные проявления (2), почему так редки революции в сфере права; дело в том, что между многочисленными консервативными и созидательными силами, действующими в правовой сфере, устанавливается равновесие, которое даже в моменты кризисов не дает удержаться радикаль-

(1) J. Dabin, *Théorie générale du droit* (Ed. Dalloz 1969), n° 271 et s.

(2) *Ibidem*; J.L. Bergel "La relativité du droit?" *Rev. Rech. Jur.* 1986-3, p. 13 et s.

ным тенденциям, смягчая их, в результате чего происходят обычные колебания.

Факт относительности права во времени показывает, что время есть одновременно фактор эволюции и стабильности (А) и что именно этот временной фактор делает очевидной пользу сравнительной и исторической юридической методологии (Б).

#### **А • Время, фактор эволюции и преемственности права**

**99.** Обычай (юридическое правило, вытекающее из общего и устоявшегося опыта), по всей видимости, является лучшим примером той правотворческой роли, которую можно признать за временем. Для перехода от "прецедента", явления индивидуального порядка, к обычаю, который должен носить общий характер, необходимо, чтобы осуществился процесс формирования нормы. Последняя основывается на большом числе прецедентов и на времени, которые закрепляют "консенсус" внутри социальной группы. Как уже было сказано, обычай — это "явление правового порядка, сформированное привычкой", обычай — это "память нации" (1).

Обычай — это феномен, выражающийся в непрерывном созидании права: "Он рождается из консенсуса, который материализуется в актах применения (обычая), поэтому он удерживается до тех пор, пока имеет место консенсус". Если обычай выходит из употребления, он исчезает (2). Время, таким образом, оказывается необходимым измерением для появления и эволюции обычая (3).

Попытаемся ответить на вопрос: находится ли в такой же зависимости от времени право, закрепленное в законе?

(1) J. Carbonnier, *Droit civil*, T.I, n° 3 et 5.

(2) M. Virally, *op.cit.*, pp. 158 et s.

(3) J. Carbonnier, *ibidem*.

**100.** К этому вопросу примыкает другой, о происхождении права: "дано право или сконструировано?" — именно так формулировал для себя эту проблему в начале века Жени (1). Этот вопрос дебатруется по сей день и формулируется следующим образом: возникает ли содержание права просто, независимо от каких бы то ни было человеческих разработок, независимо от конкретной реальности, истории, социальных факторов... или оно все-таки возникает при участии человека. Дюги считает достаточным определить, в каком статусе и с какой целью должно вмешиваться юридическое правило в среду, которую он называет "законодательной данностью" (2). Эта данность образована из всех элементов ситуации, подлежащей регламентированию, и проистекает одновременно из морального порядка, социального порядка, экономического порядка... Для Жени "речь идет о том, чтобы... распознать в огромном универсуме, который нас обволакивает, всю полноту *данности* позитивного права, освобожденного... от всякого налета искусственности, то есть права в том виде, каким оно навязывается человеку посредством каких-либо сил; и тогда человек сможет постигнуть правовую данность либо при помощи собственно научного исследования, либо посредством более скрытых сил, как бы их ни называли — подсознание, верование, интуиция, чувство..." (3). Итак, "данность" служит "первичной материей" для юриста, и мы должны различать четыре главных аспекта в основе любой юридической системы: "реалии, или данности строго природного свойства (физические или моральные свойства человечества), исторические данности, данности рассудочного свойства и идеальные данности — при-

(1) F. Génys, *Science et Techniques en Droit privé positif*, T.I, n° 33 et 34; T. II; T. III; T. IV. См. также критический анализ M. Mialle, *Une introduction critique au droit* (Ed. Maspéro 1976), pp. 119 et s.

(2) L. Duguit, *Droit Constitutionnel* (2<sup>e</sup> éd., Paris 1923), T. II.

(3) F. Génys, *op.cit.*, T. II n° 161.

чем все вместе они должны указать основные направления позитивного права" (1). Историческая данность проистекает из фактов жизни людей или общества, которые (факты) стали обстоятельствами, существенно определившими законодательную базу общественной жизни. "Из всей этой совокупности взаимодействующих сил, дополненной... таинственной работой, которую сопровождает эволюция мира, получается набор предписаний, служащий рамками для поведения человечества"; эти рамки довлеют над человечеством и влияют на его эволюцию. Жени рассматривает в качестве примера союз полов, в частности брак, который в современном своем состоянии, по мнению Жени, есть "очевидный результат некоторой "временной длительности", которая, воздействуя на природу, добавила ей новую силу" (2). В то же время он признает, что исторической данности недостаточно для того, чтобы породить право, и что "прошлое, которое иногда удивительным образом высвечивает настоящее, не сможет подавить грядущее путем остановки всякого прогресса" (3).

101. В действительности есть много способов понять, что право — это продукт истории. Можно, конечно, думать, что оно полностью детерминировано исторической эволюцией или, наоборот, ограничиться констатацией того, что юридический порядок помимо прочего включает историческое измерение, но в той мере, в какой он несет на себе печать прошлого.

Не представляется возможным принять принцип, сформулированный немецкой исторической школой Савиньи, согласно которому право есть творение времени, продукт непрекращающегося действия, молчаливого и коллективного. В позитивном праве часть "созданного сознательно" зани-

мает значительное место. Право не следует воспринимать как продукт социального детерминизма, оно строится всегда с учетом больших или меньших пределов свободы выбора: человеческая воля играет основную роль в процессе фиксации конкретного содержания юридических правил, которое, в зависимости от случая, является фактом деятельности органов государственной власти или плодом коллективного творчества социальной группы. Но даже если право является нормативным порядком, который основывается на воле общества — как на его исторических источниках, которые сами, в свою очередь, в значительной мере были созданы искусственно, так и на его настоящей эволюции, — участие исторической данности в формировании права не следует игнорировать. Современное французское право питается из источника под названием "прошлое". Французское право эпохи Наполеона пополнялось за счет обычаев королевского режима и за счет римского правового материала; оно было замешено на христианской и деревенской традиции Франции и вдохновлялось социальным движением и идеями XVIII в. В периоды реакции право всегда в значительной мере питается от прошлого, хотя и подвержено волевым актам народа или его органов. Не следует, как это делает Кельзен (1), ограничиваться "чистой теорией права", откуда изгнана всякая политическая идеология и всякая социологическая, моральная мотивация или мотивация в духе естественного права... Право, последовательность правил, образующих свою иерархию в рамках общего юридического порядка, является, по мнению этого ученого, автономной дисциплиной. В то же время Кельзен признавал, что вне рамок такой "науки о праве" анализ "юридической политики" был бы полезен для определения того, "каким образом право должно быть или должно быть сделано". Поэтому нас не могут не интересовать причины, происхождение современного права,

(1) F. Gény, *op. cit.*, Т. II, n° 166.

(2) F. Gény, *op. cit.*, Т. II, n° 168.

(3) F. Gény, *op. cit.*, Т. II, n° 169.

(1) H. Kelsen, *Théorie pure du droit*. Traduction française par Ch. Eisenmann (2<sup>e</sup> éd. Dalloz 1962).

если мы хотим оценить его характеристики, уточнить значение, проконтролировать применение, предвидеть эволюцию. Следует отметить также, что в основании общего юридического порядка существует "данность", предыдущая юридическая реальность, которая заставляет нас изучать право в свете его исторического развития.

Однако история — стержень процесса развития права — является одновременно и свидетельницей его эволюции, и залогом его преемственности.

102. Изменения, которые претерпевает юридический порядок, носят, как правило, эволюционный, но не революционный характер. Если согласиться с Бергсоном, который говорил, что "общественная жизнь представляется нам своего рода системой привычек" (1), и с тезисом, согласно которому право больше, чем любая другая наука, нуждается в стабильности, для того чтобы гарантировать человеческим отношениям необходимую безопасность, тогда никому и в голову не придет отрицать, что развитие права идет по эволюционному пути и что в современную эпоху эта эволюция ускоряется вместе с ускорением темпов исторических процессов. В условиях социальных преобразований эффективность права и, соответственно, его неизбежная адаптация к нуждам общества предполагают, что и оно претерпевает перманентную трансформацию. Научная эволюция, изменения в сфере нравов, социальный прогресс, меняющаяся ситуация в экономике... должны приниматься в расчет правом, которое, выступая в лице публичных властей, учитывает эти факторы, распределяя их между "*консервативными силами*", которые пытаются удержать существующую систему права, и "*реформаторскими силами*", стремящимися ее изменить или преобразовать" (2). Однако, если право в силу указанных

признаков и оказывается динамичной наукой, пребывающей в непрестанном движении, эволюция права чаще всего вписывается в рамки существующего юридического порядка. То есть когда мы говорим об эволюции, должны понимать, что основа остается неизменной. Изменение контуров сферы действия некоторого юридического правила, ее расширение или сужение, обусловленное новыми подходами к тому или иному вопросу, следует понимать как адаптацию этого правила к новым условиям, но не его отмену. Дух реформаторства не противоречит духу консерватизма, и, на что обращал особое внимание Рипер, "ремонттировать старое здание значит препятствовать его развалу" (1).

103. Определенная стабильность права неразрывно связана с его функцией: право — это прежде всего "инструмент безопасности и, следовательно, свободы". Только в том случае человек в будущем сможет сознательно заниматься какой-либо деятельностью, сможет организовать свой труд, создать семью, только в том случае он сможет рассчитывать на сохранение того, что он получил, если сегодня он может предвидеть последствия своих поступков... Всякое предвидение основано на знании существующих правил; безопасность человека предполагает определенную фиксированность правовых институтов (2), на которых она и основана. Поэтому люди стремятся подерживать правила, которые служат гарантией сохранения закрепленных в них ситуаций. Именно в этом смысле можно сказать, что каждый юрист является "консерватором", ибо он заботится о безопасности и стабильности отношений между людьми, даже когда критикует существующий порядок. Юридическое правило уже потому, что требуется какое-то время для его содержательного, внут-

(1) G. Ripert, *ibid.* № 2.

(2) G. Ripert, *op. cit.* n° 1; R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui* (Ed. Dalloz, 3<sup>e</sup> ed. 1964), n° 11.

(1) H. Bergson, *Les deux sources de la morale et de la religion* (16<sup>e</sup> éd. 1934), p. 2.

(2) G. Ripert, "Les forces créatrices du Droit" (Ed. L.G.D.J. 1955).



ренного, и внешнего оформления, дает время для рефлексии, которая умеряет увлеченность фактами. Мы можем с полной уверенностью констатировать, что законы, разработанные в спешке, не принимаются обществом в целом и что само общество силой своей инерции противодействует чересчур торопливому законотворчеству. Мы уже видели, что глубинные уровни общественной жизни питаются от скрытых от внешнего взгляда корней, что она протекает под знаком неосознаваемой преемственности, что для ее понимания никак недостаточно анализа только побочных, внешних явлений (1). Более того, любой юридический порядок образует систему различных норм, которые, с одной стороны, устроены иерархически, действуют солидарно, а с другой, вступая в связи, могут накладываться друг на друга или взаимоисключать, так что любое правило, несовместимое с этой системой, оказывается нейтрализованным или вытесненным за счет других. Внутренняя взаимосвязанность, взаимозависимость элементов любой юридической системы мешают ей управлять чужеродными образованиями. Обусловленные такой особенностью юридической системы явления отторжения задают такие условия, при которых любой новый элемент права должен быть связан с элементами, существовавшими ранее: правосубъектность юридического лица имеет много общего с правосубъектностью физического лица; новые техники социального права или предпринимательского права многое почерпнули из старого понимания существа договора; экономическая ценность эксплуатационных монополий была связана с древним представлением о собственности. В юридической сфере, как вообще в жизни или в природе, "ничего не теряется бесследно, ничего не создается на голом месте, все преобразуется".

104. Как писал Г. Ведель (2), "не бывает полных революций. Всякая революция есть одновременно разрыв

с традицией и использование этой традиции". Независимо от обычной политической революции, которая ограничивается изменением правящего персонала, подлинной правовой революцией может быть названа та, которая создает новый юридический порядок. Последний черпает, как правило, свои жизненные силы у традиции: когда революция 1789 г. (1) уничтожила господские привилегии, которые мешали развиваться свободе собственности, она законодательно закрепила верховенство частной собственности, опираясь при этом на римское право. Когда Октябрьская революция 1917 г. решила уничтожить частную собственность, она провозгласила коллективную собственность, которая существовала в условиях первобытных обществ.

Опыт показывает, что революции, заходящие слишком далеко и глубоко, сталкиваются с таким сопротивлением со стороны общества, что их заряд быстро иссякает, а результаты рано или поздно нивелируются.

После эксцессов Французской революции 1789 г. наполеоновские кодексы явили собой гармоничный компромисс между революционным правом и правом, существовавшим ранее. После того как в 20-е годы в Турции Мустафа Кемаль сделал решительный шаг (ввел вместо Корана швейцарский Гражданский кодекс), турецкая правовая система в целом не претерпела таких же радикальных и эффективных преобразований (2). Безусловно, были кризисы права, в ходе которых социальные ценности ущемлялись в условиях войны с внешним врагом, в условиях внутренней гражданской войны, политических революций или государственных переворотов. Потрясения в сфере

(1) R. Savatier, *op. cit.* n° 14.

(2) G. Vedel, *Droit constitutionnel* (Ed. 1949, p. 51).

жизни общества, сопровождающие войны, перевороты, революции, обрекают на бессилие все привычные ценности, парализуют социальный прогресс, мешают нормальному функционированию органов юстиции, создают угрозу для юридической безопасности. Одним словом, такие периоды бывают отмечены упадком правовой системы. Однако эта разрушительная работа, опирающаяся на законы и силу чрезвычайного положения, не может продолжаться бесконечно, но рано или поздно вынуждена создавать для себя новую систему законов или, по крайней мере, видимость такой системы; ее смысл должен выражаться в реставрации права. Кроме того, следует отметить, что если революции "в некотором смысле обезглавливают юридический порядок", то "его внутренние органы" они оставляют, как правило, "хотя бы на какое-то время в живых" (1).

Исходя из вышесказанного, можно сделать вывод, что представление об исключительно разрушительной роли революций часто оказывается эфемерным и что общее состояние системы права, основанной на требованиях социального контекста и традиции народов, рано или поздно восстанавливается. То есть периоды кризисов и революций в сфере права являются акциденциями истории: и траектория развития правовой системы больше не представляется однообразной; прерывистая линия, символизирующая этот путь, не исключает в полной мере преемственность в сфере права, а внешне глубокие изменения иногда оказываются всего лишь скачками на уровне социальной реальности, которую существовавшее право игнорировало. Конечно, мы не должны забывать, что некоторые режимы, которым удается удержаться в течение длительного времени, устанавливаются силой и в ущерб праву. При этом они стараются нарядиться в одежды из самых благородных законов, приделывая себе крылья в виде свободы и

(1) M. Virally, *op.cit.*, p. 192.

демократии. Трудно себе представить, чтобы таким режимам удалось бесконечно сопротивляться кипению народных масс, подогреваемых гнетом и притеснениями со стороны властей...

Мы должны отметить также, что бывают "революции, осуществляемые на уровне закона", которые вместе с тем могут быть более глубокими, чем революция, "осуществляемая средствами насилия". В таких случаях принято говорить о мирных "революциях интервенционистского права", которые в наши дни проходят под влиянием "государства-покровителя" и знаменуют переход от индивидуалистского права к коллективистскому праву (1).

Однако революции имеют также и свои причины, свою историю, свои последствия, которые настолько четко, как вехи вдоль пути, отмечают ход истории права, что для понимания и постижения права может быть использован сравнительно-исторический метод.

## **Б • Польза сравнительно-исторического метода — —**

**105.** С начала XIX в. в Германии Савиньи отстаивал идею о том, что научная работа юриста должна основываться на историческом анализе. Юрист, по мнению этого ученого, должен высвечивать исторические обстоятельства, которые предрешили появление того или иного юридического правила.

В нашу эпоху, когда никто уже больше не считает, что позитивное право может быть чистым продуктом истории, мы должны назвать и четко определить предмет исторического метода юриста и не смешивать юридическую методологию с методологией исторической. Для юриста не имеет особого значения, "каким образом ком-

(1) C.A. Morand, "Le droit de l'État providence", *Revue de Droit Suisse*, 1988, p. 527 et s.

пиляторы Дигестов изменили четыре слова, пусть даже и несущих основной смысл, в тексте Папиниана" (1). Ему так же мало что дадут поиски того или иного точного факта, восходящего к общей истории, или поиски причин и условий, позволивших Наполеону прийти к власти. Зато его будет интересовать законодательная работа, проводившаяся в эпоху Наполеона, и последствия, которые она оставила в правовом сознании населения страны; юриста не должен волновать вопрос о том, какой вклад вносит старое право в познание истории.

Юрист, в зависимости от конкретного случая, призван понять, оценить, истолковать или применить юридические правила. Для этого ему необходимо проследить их происхождение, сравнить их с теми правилами, которым они пришли на смену, реконструировать ход мысли законодателя или судьи соответствующей эпохи. Ему, таким образом, необходимо реконструировать представление авторов прежнего права об общественной ситуации, которую они намеревались регулировать посредством данных правил.

Исторический анализ — это "средство подхода и, следовательно, осмысления" феномена юридического порядка (2). История накладывает свою печать на связи права со всеми социальными реалиями. "Она указывает законодателю пределы его власти, предупреждает судью и толкователя об опасностях "железной" логики" (3). Не следует также забывать, что право — это аспект социальной сферы, по отношению к которой оно выступает одновременно и в роли ограничителя, и в качестве продукта жизнедеятельности.

(1) R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui* (Ed. Dalloz 1959), T. I, n° 315.

(2) J. Gaudemet, *"Études juridiques et culture historique"*, Arch. De philosophie du Droit, T.IV 1959, p. 15.

(3) J. Gaudemet, *op. cit.*, p. 17.

106. "Глубокое понимание правил, умение почувствовать случайный характер систем — это то, что историк может дать юристу" (1). Таким образом, история должна войти одной из составных частей в сравнительный юридический метод. История является для юриста "инструментом сравнения и средством познания того, как осуществлялся генезис юридической науки" (2).

Сравнительный метод может использоваться не только как инструмент понимания права, не только как методика исследования, критики, совершенствования действующего организма, но и как метод соединения друг с другом различных юридических систем. Сравнение прежних правовых систем и современного права обладает теми же ценностями, что и сравнение между собой различных действующих ныне юридических систем. Историю права можно считать увиденной сквозь призму времени. Его история способствует познанию и обогащению правовых систем отдельного государства и других стран.

История права отображает траекторию его эволюции, все, что было отвергнуто или воспринято, следы сопротивления со стороны консервативных сил и следы событий, стимулировавших развитие. История, таким образом, питает исследования в области применения институтов, применения толкования юридических правил. Она позволяет предвосхищать намечающуюся эволюцию права... Юридическое исследование обнаруживает в историческом прошлом корни современного права и направление, по которому оно развивалось; это становится возможным благодаря тому, что, как известно, его эволюция, если не брать в расчет ряд резких прорывов в этой сфере, в целом протекает медленно и характеризуется последовательностью, живучестью прежнего правила, его сохранением в новом виде.

(1) J. Gaudemet, *ibidem*.

(2) J. Gaudemet, *op. precit.* №319.

Две функции, на которые всегда указывалось на соответствующих французских факультетах при изучении римского права, действовавшего при королевском режиме, и революционного права, — это, во-первых, функция инструмента сравнения и, во-вторых, средство, необходимое для понимания того, что собой представляет генезис юридической науки. Именно в такой двойной перспективе исторический метод должен питать юридическое исследование. Но в таком случае необходимо, чтобы мы, используя технику сравнительного правоведения и социологии, отдавали предпочтение (как во временном аспекте, так и в плане исследуемого вопроса) наиболее значимым чертам.

**107.** Из вышесказанного можно вывести определение анализируемых "исторических фактов" в стиле Леви-Брюля (1). Только те события прошлого заслуживают того, чтобы называться историческими фактами, которые "признаны общественным сознанием"; соответственно, из их списка должны быть исключены факты индивидуальные и неосознаваемые. В расчет могут идти только те действия, которые отозвались эхом в социальной среде. Для юриста, как, впрочем, и для социолога, исторический факт — это прежде всего факт социальный. Не имеет значения источник его происхождения — просто внешняя видимость, поддельные документы, слова самозванцев..., главное, чтобы этот факт повлек за собой последствия в социальной среде: поэтому политические и религиозные течения, независимо от их идеологического фундамента, также являются историческими фактами.

Это замечание общего характера имеет большое значение для правильного понимания хронологии, то есть для правильной локализации исторических и юридических феноменов во времени. Согласно, например, Леви-Брюлю, уже в

(1) H. Levy-Bruhl, *Aspects sociologiques du droit* (Ed. Librairie Marcel Riviere et Cie, Paris 1955), pp. 175 et s.

начале XV в. в Генуе существовал некий банк, а именно банк Св. Георгия, который имел типичные черты акционерного общества; и только в начале XVII в. во Франции, Голландии и Великобритании появились и стали процветать несколько акционерных обществ, которые тогда назывались "компаниями". Итак, если историк датой появления акционерных обществ должен был бы назвать начало XV в., то социология, по автору, будет датировать это событие XVII в., поскольку эта наука не ориентируется на изолированный факт, не имеющий какого-либо влияния на другие факты, но на рождение явления более общего порядка. Точно так же юристы, за исключением тех, у кого повышенная чувствительность к единичным прецедентам, к явлениям анекдотического плана, всегда в реальной своей практике будут обращаться только к тем явлениям юридического порядка, которые проявились на социальном уровне. Рождение правового института может быть обусловлено либо его спонтанным проявлением из недр социальной группы, либо волевым актом органов государственной власти. Но только его признание знаменует изменение на уровне позитивного права и порождает проблему ввода в действие нового закона.

## **§2 Временной аспект проблемы применения закона**

**108.** Проблема применения закона во времени при всей ее неразрешенности является вопросом классическим. Она изложена практически в любом докладе и в любом учебнике права, к которым может обратиться читатель. Мы не намерены предлагать полный анализ технического аспекта данной проблемы, но ограничимся общим представлением нескольких главных направлений, по которым идет разрешение двух возникающих в этой связи вопросов средствами позитивного права: длительность применения закона (А) и вопрос отсутствия обратной силы закона (Б).

## А • Длительность применения закона

**109.** Общий принцип относится к разряду прописных истин: закон применяется с момента своего ввода в действие и до момента отмены.

Вводом закона в действие отмечен тот момент, начиная с которого закон обретает силу обязательного положения для всех, кого он касается. Таким образом, закон предполагает особую процедуру, описанную в ст. 1 ГК, и специальный декрет-закон от 5 ноября 1870 г. Закон становится обязательным к исполнению благодаря соответствующему распоряжению органа государственной власти: это процедура ратификации закона, посредством которой Президент Республики подтверждает существование и регулярность закона, устанавливает порядок его обнародования (опубликования) и обращается с соответствующим приказом об исполнении закона ко всем лицам, которые должны будут исполнять его положения (1). Дата ратификации закона определяет дату рождения закона. Впоследствии закон обнародуется посредством публикации в официальном бюллетене для того, чтобы обеспечить к нему доступ населения. Моменту, начиная с которого закон вступает в силу, предшествует короткая информационная отсрочка; считается, что в течение этого времени каждый гражданин должен познакомиться с законом, что, несомненно, является всего лишь фикцией.

На практике законодатель все более точно предвидит условия ввода в действие закона, иногда подчиняя это событие вводу других законодательных актов, необходимых для применения закона, иногда путем простого переноса даты его вступления в силу.

**110.** С отменой закона, то есть уничтожением его для будущего законодательного или регламентарного органа, это положение лишается обязательной силы. Спланированная

(1) J. Carbonnier, *Droit Civil — Introduction — Les personnes*, n° 23.

замена устаревшего текста на новый при соблюдении принципа иерархической эквивалентности не составляет трудности. Наоборот, "молчаливая" отмена, которая является результатом несовместимости прежнего закона с новым, всегда носит более неопределенный характер и происходит только в том случае, когда оказывается невозможным согласование противоречивых текстов.

Вопрос о том, может ли закон быть отменен в силу своей устарелости или даже путем замены его положений выводами, происходящими из совершенно иного обычая, еще более спорен. Как представляется, господствующее учение не допускает такой возможности, хотя, вслед за св. Фомой Аквинским, она была поддержана многими авторами. Если допустить, что закон является отражением социальной потребности, тогда есть основания полагать, что он останавливает свое действие после того, как прекращают действовать породившие его причины. Однако "непрерывность есть залог ответственности закона", и принцип существования закона должен гласить, что он не может прекращать действие без вынесения конкретного определения. Мы могли отметить, что и устарелый характер, и иной обычай предполагают несоблюдение закона и что согласие с таким положением вещей, когда последний может быть отменен в силу продолжительного и ставшего нормой неподчинения ему со стороны лиц, которые должны выполнять его положения, служило бы фактором, воодушевляющим на неподчинение (1). В то же время мы справедливо ввели разделение служебных текстов, от выполнения которых можно уклоняться на законном основании, когда обоснованный отказ от выполнения их положений может означать их отмену, и императивных текстов, неприменение которых одновременно говорит о неподчинении субъектов права закону и об "умышленной и продолжительной инерции" органов власти, обязанных

(1) J. Dabin, *op. cit.* n° 39.

его выполнять (1). Что касается последних, упразднение закона в силу его устарелости теоретически немыслимо, но на практике невозможность его применения или его бездействие ведет примерно к такому же результату.

Однако остается вопрос: в каких ситуациях должен применяться закон в течение того времени, пока он остается в силе?

## **Б • Отсутствие обратной силы закона**

**111.** Если быть более точным, речь идет о том, чтобы понять, должен ли новый закон после своего вступления в силу применяться к актам, фактам или юридическим ситуациям, возникшим во время действия закона, который, хотя и утратил статус действующего, продолжает влиять на общую ситуацию. Можно рассмотреть три возможных решения этой задачи: во-первых, допустить, что новый закон применяется к этим актам, фактам или ситуациям в полной мере, что равнозначно тому, чтобы наделить новый закон обратной силой; во-вторых, можно отвергать любую возможность применения нового закона к текущим ситуациям и к актам или фактам, которые возникли до его вступления в силу — что будет соответствовать абсолютному отсутствию обратной силы нового закона; наконец, мы можем выбрать третье, промежуточное решение, которое состояло бы в том, чтобы подчинить действию прежнего закона уже имевшие место проявления актов, фактов или ситуаций, а действию нового закона — их будущие проявления; третье решение соответствует формуле, которую провозгласил Рубье (2) в своей теории так называе-

(1) J. Dabin, *op.cit.*, n°40.

(2) P. Roubier, *Le Droit transitoire* (conflits de lois dans le temps), 2<sup>e</sup> éd. 1960. Comparer: J. Heron, "Etude structurale de l'application de la loi dans le temps", *Rev. Tr.Dr. Civ.* 1985, p. 277 et s.; R.A.Cote, "La position temporelle des faits juridiques et l'application des lois dans le temps", *Rev. Jur. Themis*, Vol. 22-2, 1988, 207 et s. (Fac. de Dr. Univ. Montreal).

мого "непосредственного (или немедленного) вступления в силу нового закона".

Вопрос о том, имеет ли закон обратную силу, сопрягается с проблемой фундаментального плана. Положение об отсутствии обратной силы закона — это фактор порядка и юридической безопасности, поскольку оно защищает субъективные права от вмешательств законодателя, не позволяя подвергать сомнению уже существующие права и акты, которые появились прежде нового закона (1); с другой стороны, переходные процессы проходят сравнительно безболезненно, если ими управлять, а отказ от прошлого, нередко невозможный в материальном плане, оказывается опасным на уровне социальных отношений. В то же время в противоположность индивидуалистским доктринам, поддерживающим положение об отсутствии обратной силы закона, социальные теории подчеркивают, что новый закон, по определению, в большей мере, чем прежний, удовлетворяет складывающейся потребности и что, следовательно имеет смысл признать за ним максимально широкое поле применения: эти доктрины высказываются в пользу непосредственного (или немедленного) вступления в силу нового закона или даже, в некоторых случаях, за его обратную силу. В частности сторонники такого подхода для случаев, когда встает вопрос о поддержании общественного порядка, допускают возможность издания такого распоряжения, согласно которому новый закон вступает в силу немедленно. Поэтому мы можем констатировать: чем более либеральна по своей сути юридическая система, тем более она настаивает на закреплении принципа отсутствия обратной силы закона.

**112.** Во французской системе права принцип отсутствия обратной силы закона излагается в ст. 2 ГК, согласно которой "Действие закона распространяется только в от-

(1) См., например, J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de Droit civil*, "Introduction générale", n° 339.

ношении будущих событий и не имеет обратной силы". Однако этот принцип не обладает конституционной значимостью, за исключением случаев, подпадающих под уголовный кодекс. Действительно, в преамбуле Конституции 1958 г. имеются ссылки на Декларацию прав человека 1789 г., которая провозглашает принцип отсутствия обратной силы закона только в отношении уголовного права. В вопросах, не связанных с наказанием, законодатель может уклоняться от ст. 2 ГК, которая является обычным законом, и декларировать закон, обладающий обратной силой. Более того, он может упразднить принцип отсутствия обратной силы гражданского закона. В отличие от этого сегодня никакой текст, иерархически подчиненный обычному закону, не может отходить от этого принципа. Если, не считая уголовной сферы, принцип отсутствия обратной силы закона не вменяется законодателю, он зато вменяется судье и органам регламентарной власти: согласно положению о кассационном суде "законодатель может... нарушить общепринятое правило отсутствия обратной силы закона в высших интересах общественного порядка, но если он не выразил четко свои устремления в этом направлении в новом законе, последний должен применяться судьей в соответствии со ст. 2 ГК" (1). В то же время позитивное право подвержено влиянию теории непосредственного (немедленного) вступления в силу нового закона; согласно этой теории, применение нового закона к предстоящим последствиям текущих ситуаций с момента вступления этого закона в силу не противоречит ст. 2 ГК, при том что ст. 2 запрещает только модификацию последствий, которые уже вызваны этими ситуациями.

Значительно упрощая настоящую ситуацию, мы можем сказать, что на практике всякий раз, когда высшие интересы юридических лиц не затрагиваются новым законом, он, этот закон, рассматривается — если, конечно, нет специ-

альных оговорок, — как закон непосредственного (немедленного) применения. В других случаях, когда встает вопрос о сохранении общественного порядка, или в вопросах уголовного права, когда новый закон более снисходителен к обвиняемому (1), он будет провозглашаться законом с обратной силой. В то же время действует исключение из правила непосредственного (немедленного) вступления в силу новых законов: договора, заключенные до ввода в действие законов, им не подчиняются и — это касается даже предстоящих следствий этих договоров — остаются полностью под действием того закона, при котором были заключены; под это исключение не подпадают только те случаи, когда новый закон распространяется на общественное устройство.

Поэтому для успешной корреляции понятий времени и жизни юридических ситуаций крайне необходимы решения конфликтов между законами во времени: время должно учитывать фактор жизни правовой системы. Но и право не должно забывать о существовании фактора времени. Нам, следовательно, остается исследовать, каким образом и в каких сферах позитивное право управляет фактором влияния времени на юридические ситуации.

(1) Cass. Civ. 7 juin 1901 D 1902 I 105.

(1) "Обратная сила *in mitius*" законов, исключаяющих возможность их нарушения или санкционирующих такие нарушения, но в рамках достаточно строгой процедуры.

# 2

## Раздел

# ВРЕМЕННОЙ ФАКТОР В ПРАВОВОЙ СИСТЕМЕ

113 Ученых, которые интересуются методами изучения фактора времени в сфере позитивного права, очень немного. Эта проблема возникает во всех сферах права (1), но наиболее яркие и разнообразные проявления этой проблемы характерны все-таки для гражданского права. Пьеру Эбро мы должны быть обязаны за наиболее полное освещение проблемы (2), именно к его представлению предмета мы будем непрестанно обращаться в данной своей работе. Описав и проанализировав на первом этапе те разделы гражданского права, которые затрагиваются понятием времени (§1), в §2 названный автор исследовал стоимостный и политический аспект времени. Мы пойдем по такому же пути.

### о > Разделы права, учитывающие временной фактор

**114.** Подобно любой другой гуманитарной или социальной деятельности, правовая жизнь протекает во времени; право не может обойтись без времени как без несущей

(1)E. Giraud, "La notion de temps dans les relations et le droit international public", *Mélanges Perassi*, T. 1, p. 461; "Le temps dans la procédure", *Colloques des I.E.J. Clermont-Ferrand* 1983, *Annales Fac. de Dr. et de Sc. Po. de Clermont* (1983), Fasc. 20, Spec. S. Guinchard, *Le temps dans la procédure civile*, pp. 21 et s.; M. Dagot, "Le temps et la publicité foncière" in "Mélanges offerts à P. Hebraud", Toulouse, 1981, 219 et s.; Actes du 3<sup>e</sup> Colloque de l'Assoc. Fr. de Philo.de Dr., "Le droit et le futur", Paris, P.U.F., 1985 et, notamment, A. Sériaux, "Le futur contractuel" p. 77 et s.

(2) P. Hébraud, "Observations sur la notion du temps dans le droit civil", *Etudes offerts à P. Kayser*, T. II, pp. 1 et s.

щей опоры, оно не может уклониться от неумолимого течения времени и не может попытаться подчинить себе его влияние. Таким образом, позитивное право вынуждено одновременно констатировать господство времени над человеком и разрешить "господство человека над временем": то есть позитивное право интересуется, с одной стороны, способы подчинения времени (А) и, с другой стороны, способы управления временем (Б).

### А • Подчинение времени

**115.** Понятие времени может быть рассмотрено с точки зрения хронометрии или с точки зрения хронологии. В плане хронометрии время представляет собой некоторую "длительность" (б); в плане хронологии время соответствует последовательности точек, координаты которых устанавливаются на основании их положения — предшествующего или последующего соответственно — так что появляется возможность фиксировать "моменты" (времени) (а).

#### а) Момент (времени)

**116.** Момент (времени) — это основная точка координат правовой жизни, поскольку именно он отмечает момент рождения или ликвидации юридических лиц и прав, момент начала или окончания юридических ситуаций, момент вмешательства юридических фактов. Момент (времени) воплощает точку отсчета некоторого срока и, таким образом, определяет фазу его истечения.

Так, гражданское право интересуется дата рождения ребенка, момент его зачатия, время смерти человека; на основании этих данных право устанавливает родственные связи человека, его права как наследника или его возможных наследников... За счет косвенных доказательств гражданское право старается завуалировать те неопределенности, которыми окружены эти события. Именно так обстоит дело,



например, с установлением момента зачатия: он определяется по признакам, указывающим на возможный срок беременности, и некоторым другим; момент смерти человека определяется на основании таких (социально значимых) институтов, как отсутствие или исчезновение, а также при помощи теории коммориентов. Гражданское, коммерческое и государственное право интересуется время появления юридического лица. Гражданское и уголовное право привязываются к дате факта (события), включающего нарушение закона и повлекшего ущерб. Частное и государственное право ориентируются на дату составления договоров. Результаты определения момента совершения этих событий сказываются на оценке их последствий.

Однако момент времени, когда происходит вмешательство событий в юридическую жизнь, начинает играть первостепенную роль после того, как факт взаиморасположения этих событий во времени — следования друг за другом или одновременного протекания — оказывается решающим для правовых следствий. Так, в случае смерти нескольких членов одной семьи в ходе одной и той же катастрофы регламент, устанавливающий последовательность перехода права наследования, требует определения точного порядка, в котором происходили смерти: в этих целях используется теория коммориентов. В случае, когда с одним и тем же предметом связано сразу несколько юридических актов, их действительность увязывается с фактом предшествования одних другим или с порядком их обнародования: при решении вопросов земельной собственности юридическое значение актов против третьих лиц определяется датой их обнародования, при этом акт, обнародованный раньше, имеет преимущество перед актом, обнародованным позднее, даже если тот фактически был заключен раньше. Закон иногда предписывает обязательный порядок следования событий: брачный договор должен предшествовать бракосочетанию, гражданский брак —

церковному. Постановление суда о приведении в исполнение приговора не может предшествовать самому акту, но только следовать за ним.

Иногда закон осуществляет определенные вмешательства; это происходит тогда, когда нарушения в порядке вещей не влекут за собой утраты дееспособности необходимыми институтами защиты прав личности или когда это сулит значительные доходы: именно поэтому институт законного происхождения предполагает, что брак родителей имел место до зачатия ребенка, а позитивное право провозглашает законнорожденным ребенка, появившегося на свет после заключения брака супругами, хотя и зачатого раньше. Позитивное право, таким образом, позволяет производить определенное упорядочение юридических актов; необходимость этого объясняется тем, что предварительные условия таких актов были опущены до их окончательного составления.

## **б) Длительность**

**117.** Оценка длительности какого-то действия или бездействия и законное определение каких-то сроков чаще всего предназначены для "контроля за ритмом юридической жизни", подталкивая при этом одних к действию и оберегая других от какой-то угрозы. Длительность может также выступать в роли одного из существенных элементов какой-то юридической операции (1). Для того чтобы обеспечить юридическую безопасность, необходимы такие условия, когда установившийся порядок не подвергался бы беспрестанно пересмотру и когда юридические ситуации или факты обретали бы по истечении определенного времени достаточную стабильность. По истечении сроков, необходимых для того, чтобы заинтересованные лица могли востребовать свои права или опротестовать сложившиеся ситуации, необходимо время для окончательного оформ-

(1) P. Hébraud, *op.cit.*, n<sup>os</sup> 10 et 13.

ления элементов общего устройства. Так, закон устанавливает сроки, несоблюдение которых влечет за собой утрату прав в различной форме и соответствующие судебные действия и по истечении которых какие-то ситуации уже не могут подвергаться сомнению, а некоторые права рассматриваются как уже приобретенные. Точно так же, для того чтобы избежать пагубных последствий длительного сохранения неустойчивых ситуаций, закон, в целях выполнения определенных формальностей или обеспечения нормального развития процедур, предписывает сроки, рассчитанные на то, чтобы задать нормальный ритм протекания последних.

Такие сроки применяются в рамках самых разнообразных институтов и считаются, в зависимости от конкретного случая, в сутках, месяцах, годах или даже в часах. Несмотря на то, что их определение в существенной мере обусловлено прихотью законодателя, все-таки эти сроки отражают "социальные и технические условия, в которых они функционируют" (1). Поскольку фиксация большинства ныне действующих сроков имела место в начале XIX в., сегодня, в условиях ускорения темпов жизни, обмена информацией, технического прогресса их длительность может показаться излишней. Поэтому наблюдается тенденция на их укорачивание: именно этим объясняется тенденция сокращения сроков протекания процедур, сужение в рамках общего права области, где действует правило тридцатилетней давности, ограничение длительности "коротких сроков давности". Но и природа, и основание, и способ подсчета сроков претерпевают изменения в соответствии с изменениями потребностей.

Параллельно этому процессу, в защитных целях, современное право порождает новые сроки, которые даются на размышление или на раскаивание или, что случается реже, увеличивает прежде установленные нормативы для того, чтобы облегчить действия, которые законодатель прошло-

го когда-то хотел ограничить (как, например, в случае с процедурой отказа от отцовства).

Длительность может также выступать в качестве необходимой основы какой-либо юридической операции: главным образом, это касается долгосрочных договоров, при составлении которых учитывается то, что на их исполнение уйдет определенное время, либо в силу того, что процесс реализации условий разбит на этапы, либо в силу того, что между сторонами договора существуют долгосрочные обязательства, как в случае договоров аренды или трудовых соглашений. Такие договора могут иметь определенную или неопределенную продолжительность действия. В сфере уголовного права ряд институтов, таких, как некоторые виды наказания или институт отсрочки исполнения наказания, а в государственном праве избирательный мандат, также предполагают фиксацию продолжительности их действия.

118. Однако время в правовой сфере не всегда проявляет себя как однородное понятие. Юридическая жизнь характеризуется определенной аритмией. Выше мы констатировали, что "жизнь общества привязана к суточному исчислению времени", что "право ориентировано на день", и что "ночь для права выступает в виде своего рода пустоты", в течение которой не могут быть осуществлены такие действия, как конфискация имущества, обыски и т.п. (1). Мы также показали, что есть моменты, когда время начинает идти быстрее, и что его течение несет в себе достаточную опасность: дело в том, что тогда возникает "срочность", и эта "срочность" оправдывает нарушения юридического правила, она оправдывает принесение одной правовой системы в жертву другой или согласие с ускоренным проведением судебной процедуры. Необходимость удовлетворять сиюминутную потребность оправдывает использование временных мер в ожидании окончательного

(1) *Ibidem*.

(1) J. Carbonnier, "Nocturne", *Flexible droit* (Ed. L.G.D.J. 1983), p. 53.

решения. Наоборот, может случиться так, что время как бы застывает, и тогда в правовой системе закрепляется на неограниченный срок какая-либо устоявшаяся ситуация. Этот феномен имеет место в случае некоторых вещных прав, для которых одной из характерных черт является непрерывность: так, она характерна для права собственности, которое не утрачивается, если его не используют.

Однако чаще непрерывность как отрицание развития и изменений запрещается, а не закрепляется в законах; позитивное право запрещает создавать "вечные" ситуации. Подобный запрет следует отнести к одному из условий, при помощи которых правовая система управляет временем.

## **Б • Управление временем**

**119.** Право должно предоставить человеку средства для организации его существования, для адаптации к юридическим отношениям и для их развития во времени. Правовая система должна, таким образом, помочь ему установить контроль за временным фактором, предвидеть и нейтрализовать его воздействие на юридические ситуации. Есть много областей юридической жизни, где удастся овладеть прошлым за счет использования принципа обратной силы, где удастся актуализировать будущее путем его антиципации, продлить настоящее при помощи оговорок о пророгации или о пересмотре. Экономическое право, банковское право, кредитное право, страховое право — все это явные свидетельства применения названного принципа. Иногда время, как, например, в случае совместного владения, выступает в качестве одного из предметов уступленного права. Относительно Гражданского права Эбро показал важность предвидения в сфере права, регулирующего договорные отношения и отношения ответственности.

По всей видимости, именно договор является наиболее ярким примером того, как можно управлять временем.

Ориу определял договор как "наиболее смелое мероприятие, нацеленное на установление господства человеческой воли над фактами путем их заблаговременного включения в предполагаемый акт" (1). Цель договора, необходимая для его оформления, именно к тому и сводится, чтобы установить новую ситуацию, которой уготована, как правило, долгая жизнь. Выполнение договорных условий может обеспечиваться оговорками, предусматривающими санкции в виде пересмотра цен, или законами, определяющими размеры их повышения. Санкции на случай возможного невыполнения договоров могут быть заранее гарантированы оговорками о штрафах, отменительных условиях, положениями, лишающими прав, законами... Возобновление договора в будущем может оговариваться сторонами или регулироваться законом. В случае, если ни законодатель, ни стороны договора не предусмотрели действий относительно сохранения или изменения условий договора на случай радикального переворота в экономической ситуации, возникает вопрос о том, вправе ли судья менять условия договора и приводить их в соответствие с новой ситуацией. Некоторые правовые системы, действующие за пределами Франции, признают за судьей право прибегать к мерам, сглаживающим последствия "непредвиденных ситуаций" (2). Что касается французского права, здесь административное право допускает использование теории непредвиденности, тогда как частное право ее отвергает в принципе, о чем приходится только сожалеть.

Однако даже если позитивному праву удастся, как было показано, упорядочить время в рамках юридических ситуаций, предпринимаемые меры, а именно заключение постоянных соглашений, не позволяют полностью отвергнуть

(1) Hauriou, *Principes du droit public*, 1<sup>re</sup> éd., p. 206, cité par Hébraud, *op.cit.*, n° 20; A. Sériaux, *op.cit.*

(2) D.M. Philippe "Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle", Ed. Bruylant, Bruxelles, 1986.

течение времени, ибо это было бы равносильно тому, чтобы позволить юридическим лицам навсегда лишать себя свободы: запрещены не ограниченные временем договора аренды; трудовой договор или договор о создании общества может заключаться только на какое-то время; соглашения с неопределенными сроками действия обязательств могут быть реализованы сторонами в одностороннем порядке.

При помощи *антиципации* позитивное право опережает события будущего, проецируя будущее на настоящее: безвозмездные сделки предвосхищают наследование имущества распорядителем; движимость путем антиципации превращается в недвижимость, и последняя трактуется правом как движимость с учетом ее будущего обособления от недвижимости, в состав которой она, движимость, инкорпорируется.

Обратная сила (закона) позволяет отослать к прошлому существование и последствия новой ситуации: аннуляция акта (или расторжение договора), обладая обратной силой, уничтожает следствия, которые данный акт уже успел породить. Правоудостоверяющий эффект акта о разделе имущества свидетельствует о том, что каждый из участников раздела имущества, по определению, должен быть владельцем своего лота с момента возникновения нераздельности владения.

Из всего этого становится ясным, в какой мере антиципация и обратная сила закона из соображений юридического удобства заимствуют условный характер у фантастики. Однако этой условности можно избежать, заставляя юридические ситуации развиваться поступательно.

*Поступательность в развитии* прав, лиц и ситуаций предполагает, что они формируются поэтапно и последовательно до достижения ими состояния совершенства и что реально об их создании можно говорить только на

завершающем этапе этого процесса. В случаях, когда такой генезис не доходит до своего логичного завершения, промежуточные этапы стираются, а исполненные акты объявляются недействительными. Таким образом, есть вероятность возникновения таких прав, которые происходят из юридической ситуации, пребывающей в стадии формирования. Срок или условие — это инструменты, позволяющие отсрочить до какого-то будущего события доведение до конца зарождающейся ситуации. Однако в таком случае независимо от своей функции — управляющей или подчиненной — время, которое право воплощает в себе самом, наделяется различными значениями и позволяет осуществить различные юридические стратегии.

#### ц \*у Юридические значения ^ и юридические стратегии времени

**121.** Эбро выделял последовательно значения, которые получает время, и стратегии, которые оно позволяет осуществить.

В психологическом плане время в зависимости от конкретного случая может выступать фактором успокоения или фактором возмущения. В первой из двух названных функций время выступает в уголовном праве, в случае амнистии или реабилитации, в ходе судебного процесса, когда закон предусматривает отсрочку исполнения наказания или время на примирение (например, в бракоразводных делах). Время становится источником безопасности, когда устанавливаются сроки на размышление или на раскаивание, предписываемые потребителем правом. Миротворческая природа времени проявляется и тогда, когда устанавливаются временные ограничения для возможности подать ходатайство или опротестовать какие-то решения или действия. Но время является также источником беспорядков: действия людей могут быть вызваны слишком

длинными сроками или медлительностью органов правосудия или администрации.

В техническом плане время выступает фактором созидания, сохранения или разрушения. Время консолидирует фактические ситуации, когда, например, за счет такой своей черты, как стабильность, оно наделяет определенной юридической силой институт сожителства, когда оно преобразует простое обладание недвижимым имуществом в собственность, когда оно придает юридическую ценность обычаю. Во всех этих случаях время участвует в созидании права.

В более общем смысле истечение временного срока влечет за собой прекращение действия прав: яркий пример — исковая давность действий, предпринимаемых в судебном порядке.

Однако время используется также законом или юридическими лицами в целях пролонгации существующих ситуаций и в целях сохранения сложившихся прерогатив.

**122.** На основании всего сказанного выше мы можем утверждать, что право понимает время и использует его главным образом в качестве сдерживающего средства или в качестве катализатора социальной эволюции и юридической жизни. Эбро в связи с этим называл два типа возможной политики: "стабилизм и мобилизм" (1). Независимо от того, как продвигается дело, время позволяет задать ритм эволюции юридических ситуаций путем примирения — в соответствии с социальными, моральными и практическими потребностями — факторов стабильности и факторов мутации ситуаций: минимальная продолжительность, которую устанавливает закон для договоров аренды недвижимости, позволяет, таким образом, соединить

(1) *Op.cit.*, n<sup>os</sup> 32ets.

стабильный характер жилища или предприятия с правом собственников обеспечить движимость своего имущества.

На более общем уровне время воспринимается одновременно и как фактор изменений, обусловленных природой, и как фактор, препятствующий социальной эволюции, на которой висит груз традиции. То есть законодатель может в одинаковой мере успешно использовать время как для замедления процесса закрепления юридических фактов, так и для обеспечения их динамики. Мы уже несколько раз говорили, что кодификация сковывает правовую систему. Право может отставать от своего времени или опережать его.

Любая юридическая система использует по выбору стратегию, ориентированную либо на динамизм, либо на етапизм; сутью всякой юридической системы выступает разнообразное — что зависит от потребностей и направленности системы — использование различных уравнивающих факторов, которые могут в таком случае применяться.

Подобное разнообразие юридических систем предполагает также зависимость права от пространства.

#### • **Иллюстрация**

##### **Корреляция времени и права**

##### **Совершеннолетний возраст**

*Совершеннолетие* — это возраст, зафиксированный законом, по достижении которого данное лицо становится способным исполнять свои гражданские и политические права.

##### • *Эволюция права во времени*

В Древнем Риме совершеннолетие наступало в 25 лет. Этот же возраст был сохранен правом, действовавшим в эпоху королевской власти. Революция (закон от 20 сентября 1792 г.), а затем Кодекс Наполеона, принятый в 1804 г., снизили

возрастной порог совершеннолетия до уровня 21 года. Этот уровень удержался после принятия закона от 14 сентября 1964 г., но согласно этому же закону дееспособность по большому спектру прав наступала раньше. Закон от 5 июля 1974 г. зафиксировал планку совершеннолетия на уровне 18 лет.

История свидетельствует о перманентном характере необходимости защищать несовершеннолетних и практики законодательного закрепления минимального возраста, по достижении которого человек обретает полную правоспособность. Мы можем констатировать хотя и медленную, но постоянную эволюцию в направлении снижения возрастного порога совершеннолетия. Закон 1974 года исходил из того, что молодежь стала быстрее созревать для взрослой жизни; это произошло в результате увеличения срока обучения в школе и благодаря большей информированности молодежи, обеспечиваемой современными средствами коммуникации, а также в силу того факта, что позитивное право уже признало возможность распространения прав и обязанностей на лиц, не достигших возраста 21 года. Кроме того, возраст совершеннолетия был законодательно изменен в сторону уменьшения уже во многих зарубежных странах.

• *Применение закона во времени*

Закон от 5 июля 1974 г. не содержал специальных положений, указывающих на дату его вступления в силу. Он был опубликован в июльском *J.O.\**; таким образом, применять его в Париже стало можно 9 июля, а в других местах по истечении суток после поступления журнала в административный центр округа.

Правоспособность лиц в возрасте от 18 лет до 21 года оказывается под вопросом: распространяется ли она на акты, принятые до вступления в силу данного закона, или только на те акты, которые были приняты позднее? "Пра-

ва, которые должны были реализовываться до наступления совершеннолетия, как, например, способность отказываться от французского гражданства или отклонять его... остаются ли они в силе? С какого момента должны вычитываться сроки, отправной точкой которых является совершеннолетие: с момента, когда заинтересованные лица достигли возраста 18 лет, или со времени, когда они достигнут возраста двадцати одного года, или же с момента вступления в силу нового закона, согласно которому соответствующие лица становятся совершеннолетними? Что касается законной отсрочки в исполнении наказания, которой пользуются несовершеннолетние... следует ли ее отсчет останавливать в момент, когда лицо, пользующееся правом отсрочки, достигло возраста 18 лет, или в момент вступления в силу нового закона, или же такие лица сохраняют свои привилегии до достижения возраста 21 года?..." (1).

В отсутствие специальных положений закона, разрешающих эти вопросы, их решение оказывается зависимым от того, как будет применяться принцип отсутствия обратной силы закона.

• *Время и системы права*

Все эти разнообразные вопросы демонстрируют ряд проявлений времени в системе права: момент времени (возраст совершеннолетия), его сроки, роль в определении периода прекращения действия закона (срок давности), неоднородность времени (этапы, когда оно "течет", и момент, когда его отсчет приостанавливается) (ст. 252 ГК Франции), время как фактор замедления или ускорения юридических процессов, действующих при его использовании в правовой системе...

\* — Journal Officiel. (Прим. пер.)

# ПРАВО И ПРОСТРАНСТВО

123. Юридический феномен развивается в пространстве, на определенной территории земли, а в настоящее время и в воздушном пространстве и даже во внеземной среде. Прежде всего он нуждается в том, чтобы его локализовали в пространстве, в определенном месте. Но если вопрос встает об элементах, располагающихся в разных местах, тогда необходимо учитывать дистанцию между ними. Следует помнить, что мир разделен на суверенные и независимые государства, так что юридические отношения могут развиваться внутри одного и того же государства или завязываться между разными странами. Поскольку каждое государство располагает юридическим порядком, свойственным именно ему и применяемым на его территории, а также отличающимся от юридического устройства других стран, то вследствие локализации юридических ситуаций они оказываются подчинены праву, применяемому в том месте, где они и развиваются.

С точки зрения общего плана, "макροюридической" шкалы, разнородность юридических систем заставляет размещать *право в пространстве* (Раздел 1) и решать проблемы, связанные со столкновением различных юридических систем. Однако, с точки зрения "микроюридического плана", когда имеет место ориентация на отдельные юридические ситуации, тогда их локализация, близость или удаленность составляющих их элементов или входящие в эти ситуации перемещения порождают следствия, которые должно брать под свой контроль позитивное право. Поэтому каждая правовая система должна

регулировать проблемы, связанные с пространством как элементом юридических отношений; теперь нам предстоит затронуть вопрос о том, как пространство проявляется в правовых отношениях, даже если роль *пространства в правовой системе* (Раздел 2) покажется до сих пор вовсе не изученной.

# 1

## Раздел

# ПРАВО В ПРОСТРАНСТВЕ

124 Многочисленность и разнообразие юридических систем — это очевидность, обусловленная разнородностью человеческих обществ, в рамках которых функционирует и жизнь которых упорядочивает право. Даже если ограничиться обществами, которые социологи называют "первичными" (имеется в виду характер политической системы), каковыми являются государства, которые в свою очередь объединяют в себе большое количество административных образований, мы увидим, что существует по крайней мере столько юридических систем, сколько суверенных государств. Законченная политическая система — это совокупность правил, регулирующих жизнь в обществе; эта система располагает своими собственными источниками права, из которых она черпает свою законность, а также своими механизмами контроля и принудительного исполнения, так что она не зависит от кого бы то ни было в плане создания или применения норм, которые ее образуют (1).

Теперь у нас есть основание задаться фундаментальным вопросом: соответствует ли многочисленность юридических систем действительному плюрализму источников, то есть может ли каждая юридическая система сама обеспечить свою законность и развивается ли она автономно либо внешнее разнообразие правовых систем является всего лишь результатом разветвления единого древа глобального юридического порядка, частными проявлениями которого и оказываются эти системы.

В то же время автономность и конкретное разнообразие национальных правовых систем создают очевидные

предпосылки для *дробления* (как тенденции движения) права в пространстве, когда любая структура на уровне юридических отношений, расположенных в сфере ее компетенций, стремится отторгнуть элементы других систем. Именно поэтому системы позитивного права, которые, как известно законодательно закрепляют различные варианты решений, могут образовывать закрытые миры или миры открытые и демонстрировать по отношению к внешним системам права либо полную непроницаемость, либо значительную открытость, гармонизируя соответствующие разделы законодательства, заключая договора, проявляя терпимость к применению на своей территории иностранных законов или решений органов правосудия других стран. Современная система международной (правовой) взаимозависимости характеризуется *движением в направлении координации действий*. Итак, фундаментальный релятивизм права (§1) может дополняться стремлением к его универсализму (§2).

## §1 Относительность права

125. Тенденция к закреплению государственно-этатического и национального характера юридических систем усилилась в результате широкого движения в направлении создания национальных кодексов, имевшего место в Европе в XIX в. и перекинувшегося на другие континенты. Испытывая двойное влияние (со стороны романской правовой традиции и со стороны канонического права), юридическая наука до наступления этого периода характеризовалась универсальным духом, по крайней мере по шкале ценностей, распространенной в средиземноморском мире (1).

Благодаря завоеваниям Древнего Рима, а позднее — его ренессансу в IX в., римское право наложило свою пе-

(1) M. Virally, *La pensée juridique*, op.cit., p. 200.

Ci) R. Rodière, *Introduction au droit comparé* (Ed. Précis Dalloz 1979), n° 1.



чать на жизнь всей Западной Европы и нивелировало различия в обычаях Франции, Бельгии, Голландии, Италии, Германии, Испании... Кроме того, с установлением христианской цивилизации на территории всей Западной Европы каноническое право стало регулировать ряд важных юридических сфер, в частности всю систему семейного права. Экспансии римского права и канонического права в ту эпоху благоприятствовало то, что во всех странах Западной Европы использовался один общий язык, латынь, так что в то время правовая система в некотором смысле была призвана стать носительницей идеи универсализма. По схожей схеме пример наполеоновской кодификации, прошедшей во Франции, был экспортирован в другие страны Европы и в Южную Америку; его переносу содействовал процесс колонизации, в частности африканского континента. Английское право, переправившись в Северную Америку, также заметно влияло на формирование правовых систем, действовавших на огромной территории британской колониальной империи. И только в последнее время мы стали свидетелями того, как юридические системы замыкаются на самих себя, хотя и раньше их традиции и содержание всегда были отмечены печатью глубоких различий, которые так и не были в полной мере поглощены объединительными тенденциями.

В то же время сравнительное право, подчеркивая глубокое различие в организации современных юридических систем, допускает возможность их сопоставления, выделения в них моментов, на которых могла бы основываться их конвергенция, и опираясь на примеры, заимствованные у иностранных правовых систем качественного улучшения национальных законов. Территориальным характером национальных правовых систем (А) (поскольку мы хотим обеспечить понимание юридической системы в целом) обусловлена необходимость проведения исследований в духе сравнительного права (Б).

#### **А • Территориальный характер правовой системы**

**126.** Здесь будет уместно процитировать знаменитую мысль Паскаля: "причуды справедливости — как берега реки: то, что истинно по эту сторону Пиреней, ложно по ту сторону". Но право неизбежно варьируется во времени и в пространстве в силу соответствующего изменения обстоятельств. Разнообразие правовых систем обусловлено большим числом собственно юридических и других причин. Прежде всего здесь следует говорить о природных и географических факторах, определяющих различные условия и потребности правовых систем: они действительно будут отличаться и зависеть от островной, морской или континентальной ситуации конкретной страны, а также от рельефа местности, типа растительности, гидрографических и климатических характеристик; юридические правила частично диктуются природой; право собственности и правовой режим, регулирующий пользование водами, не могут быть одинаковыми в центре Африки и в центре Европы. Влияние народных традиций, религии, лингвистических реалий, реакции общественного мнения, в большей или меньшей степени терпимого или враждебного, на процесс регламентации в целом очевидно: примитивные и развитые общества не имеют ни общей организации, ни общих законов. Источники, потребности и экономические структуры тоже вносят свои существенные коррективы в содержание правовых систем: никогда не управляются одними и теми же методами общество деревенское и общество урбанистическое и индустриальное. Нельзя не учитывать и влияние исторического пути, пройденного странами; их правовые системы могли формироваться в условиях чужеземного господства, претерпеть внедрение на первоначальную почву соответствующих внешних правовых систем, испытать идеологическое дыхание собственных революций.

Факторами, ориентирующими право, выступают политические реалии. Немецкое или американское право — это в значительной мере плод их истории и их политической организации. Социалистические правовые системы, в частности правовая система СССР, были сформированы на основе марксистско-ленинской теории.

127. Собственно юридические факторы, определяющие параметры правовой системы, также играют существенную роль. Они находят свое выражение в государстве, юридическом лице, олицетворяющем суверенитет конкретной страны. Кроме того, в социологическом плане государство представляет собой "частный вид политического общества, возникшего в результате закрепления на определенной территории относительно однородного сообщества людей и управляемого институционализированной властью, обладающей монопольным правом на организованные формы принуждения" (1).

Одна влиятельная школа правовой мысли, отрицающая в силу разнообразия систем позитивного права любую идею неизблемости и универсальности понятия справедливого, отождествляла право с законом и, соответственно, с волей государства: мы имеем в виду течение юридического или этатического позитивизма, происходящее из теории абсолютной власти государя и поддержанное по различным основаниям такими теоретиками, как Боссюэ, Макиавелли или Гоббс (2).

Отождествление права с одной только волей государства, независимо от всех глубинных мотивов этой идеи, допустимо с большой натяжкой, при этом во многом неточно и крайне опасно. И все-таки мы не можем отрицать того факта, что именно компетентные органы государства в силу

(1) R. Guillien et J. Vincent, *Lexique de termes juridiques* (Ed. Dalloz 1981), см. также Etat; T. Fleiner-Gerster, *"Théorie générale de l'Etat"*, Trad. Française J.F. Braillard, P.U.F., Paris 1986.

(2) См. выше, n° 19.

возможностей, которыми их наделяет само позитивное право, осуществляют выбор вариантов, предлагаемых, в свою очередь, тем самым обществом, которым управляют эти органы; именно на них возложена обязанность формулировать новые нормы строящегося правового здания.

Кроме того, поскольку суверенитет в рамках классического учения рассматривается как существенный атрибут государств, каждое из них обладает правовой властью, природной и верховной для данного государства, и может подчиняться только своим собственным обязательствам, без какого-либо вмешательства извне. Такой суверенитет ограничивается определенной территорией, именно поэтому действие юридической системы отдельной страны как таковой ограничивается территорией, на которой осуществляется суверенитет ее государства. Территориальность права, таким образом, является его сущностной чертой и фактором, обуславливающим вариантность различных юридических систем.

128. Во Франции по завершении длительного процесса объединения, проводившегося королевской властью, сначала революция 1789 г., а затем наполеоновские кодексы стали факторами, под влиянием которых осуществилась полная унификация права и законом закреплён принцип его применения на общих основаниях на территории всего государства.

Есть правило, согласно которому французский закон применяется по всей стране, но и здесь есть исключения: некоторые ситуации, имеющие место во Франции, содержат элементы правового положения иностранца; и они оправдывают возможность применения к ним иностранных законов; и наоборот, французский закон может применяться за границей, например, по отношению к пребывающим там французам. Кроме того, в департаментах Нижний Рейн, Верхний Рейн и Мозель сохраняется местное

право, исторически восходящее ко времени, когда на провинции Эльзас и Лотарингию распространялось действие немецкой правовой системы (имеется в виду период аннексии этих земель Германией с 1871 по 1918 гг.). Однако, несмотря на такую специфику законодательства, все французские законы, появившиеся после закона 17 октября 1919 г., применяются в этом регионе на общих основаниях, за исключением тех случаев, когда они затрагивают юридические вопросы, регулируемые местным правом. Только в отдельных, четко очерченных вопросах, например, земельной собственности, правовая система Эльзас-Лотарингии сохраняет специфику. Небольшое число особых положений можно обнаружить также в законодательстве Корсики. В департаментах заморских территорий, не взирая на закрепление в 1946 г. принципа применимости законов метрополии, сохраняется возможность их адаптации к местным условиям; помимо этого применяются только тексты, датируемые периодом до 1946 г., их действие уже тогда распространилось на эти земли. Наконец, заморские территории располагают собственным законодательством; французские законы могут быть здесь применены только на основании соответствующих специальных положений.

**129.** Говоря о том, что в силу территориального характера национальных правовых систем и суверенитета государств в различных странах мира они отличаются друг от друга, нельзя не учитывать, что полнота и содержание их различий существенно варьируются (1).

Между различными правовыми системами могут существовать расхождения на уровне "*духа юридических правил*": так, в некоторых странах закрепилось и охраняется законом общество либерального типа и субъективные права, тогда как в других странах, где сложились так

(1) R. Rodière, *op.cit.*, n° 4.

называемые социалистические правовые системы, общественное устройство основывается на принципе главенства общественного сектора и коллективной собственности на средства производства; этот принцип реализуется в форме государственной собственности и государственных и кооперативных предприятий.

Отдельные отличительные черты правовых систем затрагивают мешочки *права*. Так, в отличие от французского права, выраженного преимущественно в форме законов, правовые системы стран англосаксонского мира по-прежнему, несмотря на имевший место в последнее время скачок в развитии письменного права, базируются на "case law" ("прецедентном праве"), которое складывается на основании прецедентов судебной практики, при этом судьи опираются в своих решениях на законы "обычного права" и на общепринятые правила справедливости.

Наконец, между различными системами позитивного права существуют более или менее заметные различия на уровне *основ права*. Эти различия затрагивают, в зависимости от конкретного случая, проблемы собственно правового фундамента, такие, как принципы права, регулирующего семейные отношения, важные технические проблемы (например, право на передачу земли) или простые, детализирующие правила (например, правило продолжительности того или иного срока или продолжительности действия полномочий той или иной судебной инстанции).

В то же время, опираясь на эти критерии, мы можем объединить различные правовые системы в большие семейства, характеризуемые общностью черт, и путем сравнения установить, в чем проявляется их сходство, а также привести примеры с указанием их различия и путей улучшения качества национальных правовых систем.

## Б • Крупные правовые системы и методология сравнительных юридических исследований

130. Любая классификация будет неизбежно схематичной (1), поскольку формируется на основе самых общих признаков, и неполной, поскольку не учитывает социальные группы, которые рассматриваются как второстепенные. Все классификации носят произвольный характер, поскольку, как часто бывает, в рамках одного и того же государства применяются и конкурируют различные правовые системы и, наоборот, сообщества негосударственного типа также имеют свое право. Каноническое (церковное) право, право, основанное на Коране, иудейское право или правовая система индусов — наиболее яркие тому примеры. В зависимости от того, принимаются или нет во внимание все известные правовые системы, и в зависимости от роли, которая приписывается тем или иным ценностям и тем или иным критериям, классификация прав может производиться по-разному. Некоторые авторы ограничиваются различением трех больших групп среди всех правовых систем: западные системы права; правовые системы советского типа; религиозные правовые системы (2). Другие авторы, принимая во внимание большее количество критериев, насчитывают до восьми семей правовых систем: романистические, нордические, социалистические системы права, группа, объединяющая правовые системы немецкого типа, группа правовых систем, основанных на "обычном праве", системы, базирующиеся на исламской традиции, на индусской традиции и, наконец, правовые системы Дальнего Востока (3). Во

(1) J. Constantinesco, "La science des droits comparés". Ed. Economica, Paris, 1983.

(2) F. De Sola Canizares, *Indication al derecho comparado* (Barcelone 1954); в качестве общего обзора западных правовых систем: см. M.T. Calais-Auloy, "Le droit à l'occidentale", D. 1989, 155.

(3) Zweigert et Kotz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, (T. I 1971; T. II 1969).

Франции М. Ренэ Давид различал пять правовых систем, опираясь в большей мере на питающую их идеологию, чем на арсенал используемых технических средств (1); позднее, в процессе совершенствования такой классификации он (2), объединив идеологический и технический критерий, изменил конфигурацию своей системы и оставил только четыре больших семейства правовых систем: романо-германские правовые системы, социалистические системы права, правовые системы, основанные на "обычном праве", а также религиозные и традиционные правовые системы; причем следует признать, что последняя группа является достаточно эклектичной.

131. В действительности все зависит от конечных целей, которые ставит перед собой классификатор. Дело в том, что простая констатация разнообразия правил, действующих в рамках правовых систем, не представляет абсолютно никакого интереса, поскольку в праве если что-то и принимается в расчет, так это неизменные рамки, в пределах которых происходит упорядочение изменяющихся правил; методы, используемые для фиксации смысла этих правил и их гармонизации; "данность", на которых они надстраиваются; цивилизация, которую они отражают. Если мы ограничимся только названными фундаментальными и стабильными компонентами, то увидим две главные классификационные оси: идеологический фундамент и юридическую технику.

Но к такому сравнительному анализу высших принципов цивилизаций добавляется необходимость более тщательных исследований в отношении частных отраслей права или специальных институтов, таких, как развод, профсоюзы, штрафные санкции, Верховные суды... Сближение правил, обслуживающих идеологически и технически род-

(1) R. David, *Traité élémentaire de droit comparé*, 1950.

(2) R. David, "Les grands systèmes de droit contemporains", (Ed. Dalloz, Paris, 1987).

ственные правовые системы, оказывается в таком случае более важным, хотя все-таки для этих систем принципы остаются более важными, чем детализирующие правила.

В целом, если мы будем принимать во внимание только самые существенные различия и схожие черты, то, согласно учению Давида, получим классификацию, различающую романо-германские и социалистические правовые системы, а также системы, основанные на обычном праве, и религиозные и традиционные правовые системы.

*Романо-германское семейство правовых систем*, к которому относится и французское право, объединяет юридические системы, в основе которых лежит римское право; эти правовые системы строятся главным образом на базе писаного закона, иногда на систематизации и, будучи отражением христианской цивилизации, духовно ориентируются на правила поведения, связанные с понятием морали и справедливости. К данной группе относятся прежде всего правовые системы континентальной Западной Европы и Латинской Америки. Несмотря на свою самобытность, особый дух, идеологию и технику, подобные правовые системы похожи одна на другую.

*Социалистические правовые системы*, за исключением тех, которые функционируют в условиях народных республик Азии, в техническом плане происходят от романо-германского семейства правовых систем. Они сохраняют близкие отношения с последними на уровне техники; прежде всего это проявляется в их привязанности к систематизации и общим правилам поведения, а также в структуризации текстов и использовании терминологии европейских юристов. С другой стороны, социалистические правовые системы отличаются от европейских тем, что закон у них стал исключительным источником права, а также тем, что упор во многих случаях делается на коллективистскую идеологию, проистекающую из марксистско-ленинско-

го учения, что соответствует общественной организационной воле совершенно другого типа.

*Англосаксонская правовая система*, включающая право Англии и ее доминионов, ирландское право и американское право, на глубинном уровне весьма напоминает романо-германские правовые системы: она зародилась в недрах все той же христианской цивилизации, либеральной и индивидуалистской по духу, и применяется в условиях схожей организации общества. С другой стороны, англосаксонская правовая система противостоит романо-германской на уровне источников права и правовой техники, поскольку в основном опирается на "case law", то есть на право, проистекающее из прецедентов судебной практики и питаемое вниманием к справедливости в большей мере, чем к общим и абстрактным правилам. Используемые в сравниваемых здесь правовых системах классификации и концепции также очень отличаются друг от друга. Несмотря на это, современное развитие писаного права в англосаксонских правовых системах сближает их с романо-германскими правовыми системами. Вступление Великобритании в Европейское Сообщество предполагает, что это государство все больше и больше должно подчиняться системе писаного права "континентального" типа.

Помимо семейств правовых систем, которые повлияли на юридические конструкции всего мира, в мусульманском мире, в Африке, Индии, на Дальнем Востоке существуют системы права, берущие начало в специфике данных цивилизаций, а также религиозных и традиционных течений, которые, несмотря на пронизанность правовыми элементами европейского происхождения, сохраняют свою фундаментальную самобытность. Так, несмотря на тот факт, что большое число мусульманских стран адаптировало систематизаторский подход к юридическим структурам и ориентировало свои правовые системы на "обычное право", исламская составляющая, богословская по своему глу-

бинному содержанию, по-прежнему играет здесь исключительно важную роль, например, в вопросах, касающихся статуса личности и семейных отношений (1). Индусское право, также питаемое обычаями и религиозными представлениями, как и раньше регулирует вопросы, связанные со статусом личности и с семейными отношениями, на большей части территории Индии. Китайское право, хотя и сменило на некоторое время основную ориентацию в направлении писаных законов и систематизации, остается привязанным к обычаям и традициям, принятым правилам приличия и ритуалам, приспособляясь преимущественно к частным случаям, а не к власти абстрактных правил.

С другой стороны, нельзя не отметить важную роль прав смешанного типа, в рамках которых сочетаются правила и институты, происходящие из разных юридических систем, между которыми всегда осуществлялось и осуществляется взаимодействие. Подобная смешанность отражает, а нередко и способствует проявлениям подлинного юридического плюрализма. Такие взаимодействия особенно наглядно видны во взаимоотношениях западных правовых систем и традиционных правовых систем или правовых систем, основанных на "обычном праве", а также правовых систем, ставящих на первое место "гражданское право" (civil law) (2).

132. Сопоставление различных юридических систем, обнаружение в них следов разных направлений человеческой мысли и взаимодействия с институтами, имеющими в основе неодинаковую духовную и материальную базу древних и современных народов, предоставляют юристу

(1) L. Millot et F.P. Blanc, *"Introduction à l'étude du droit musulman"*, 2<sup>e</sup> Ed. Sirey, Paris 1987.

(2) Masaji Chiba, (sous la dir. de), *"Asian Indigeneous law in Interaction with received law"*, K.P.I., Londres et New-York, 1986; *"La formation du droit national dans les pays de droit mixte"*, Actes du Colloque de l'AUPELF, P. U.A.M., Aix-en-Provence, 1989.

данные, значение которых невозможно переоценить. Поэтому сравнительное право, задача которого сводится к тому, чтобы обеспечить такое сопоставление, должно обладать одновременно двумя функциями — описательной и нормативной.

Реализуя свою описательную функцию, сравнительное право должно обеспечить лучшее понимание иностранных правовых систем, в то время как внутренняя взаимозависимость современного мира на политическом, экономическом, социальном и культурном уровнях обогащает отношения между странами и цивилизациями. Сравнительное право позволяет правопользователям, практикам-юристам, судьям и законодателям лучше понять проблемы, порожденные такими обменов. Оно выступает, таким образом, в роли "инструмента постижения и развития права". Провоцируя вопросы и критику относительно иностранного или национального законодательства, сравнительное право может содействовать улучшению позитивного права.

Нормативная функция сравнительного права состоит в том, чтобы, используя плоды чужого опыта, дать толчок процессу собственного перманентного правотворчества. Действительно, никакая реформа не может быть предложена в качестве закона без предварительного анализа зарубежных правовых систем: разумное подражание чужим законам и институтам при формировании собственных законов предполагает учет особенностей той новой среды, в которой им предстоит найти применение.

Все это свидетельствует о важности, необходимости *сравнительной юридической методологии*, задача которой состояла бы в рассмотрении правовых проблем не только для того, чтобы обозначить их трудные аспекты, но и для того, чтобы в свете данных сравнительного права предложить их решения. Степень полезности таких данных варьируется в зависимости от глубины охвата материала: исследователь может сопоставлять дух разных юридических систем, а мо-

жет ограничиться анализом какого-то конкретного института или частного правила. Иногда полезность такого метода сводится практически к нулю; это имеет место в тех случаях, когда речь идет не более чем о пунктуальном применении правил внутреннего пользования, хорошо устоявшихся и известных всем. Вместе с тем всякий раз, когда применение сравнительного метода оказывается обязательным, необходим хотя бы минимальный, но одновременно строгий порядок в выполнении действий (1). Сравнение сопоставляемых систем не может ограничиваться кодексами и законами, но должно охватывать все источники права. Сравнимые компоненты имеют значение только в том случае, когда они помещены в рамки юридической системы, от которой они зависят, и в свой исторический, социологический, политический, экономический и культурный контекст. Наконец, детальное противопоставление на уровне техники самобытных черт, взятых изолированно от основополагающих принципов, не имеет какого-либо значения и просто бессмысленно. Если опираться на такую методологию, то сравнительное право позволит одновременно назвать те институты, которые заслуживают того, чтобы разработать для них наднациональные структуры или, по крайней мере, показать, как их можно сблизить, используя средства законодателя, а также определить, какие национальные правовые системы могут быть вовлечены в этот процесс.

Неизбежно являясь частью общего процесса обособления юридических систем, сравнительный метод ведет к их согласованию.

## **§2 Согласование юридических систем**

**133.** Сравнительное право позволяет помимо разнообразия национальных правовых систем и их неодно-

(1) R. Rodière, *op.cit.*, n<sup>os</sup> 81 et s.

родности увидеть и "общую основу юридических систем" (1). Сравнительное право раскрывает перманентные потребности общественной жизни и действующие при этом явления компенсационного порядка. Когда какое-то правило или институт, необходимый для жизнедеятельности какого-то общества, не закреплены законом, они действуют под прикрытием других институтов, что не остается без последствий для последних. Так, законодательства, игнорирующие институт развода, облегчают расторжение брака, то есть вообще расширяют возможности разделения людей. Таким образом, юридические системы выявляют подчас внутреннюю общность принципов и институтов, которая скрывается за их внешней разнородностью. Поэтому у исследователя появляется возможность вычлениить на глубинном уровне материала своего рода "общее право" цивилизованных стран, которое и способствует возникновению унификационных феноменов.

Так, Генеральная Ассамблея ООН в 1948 году приняла "Всеобщую декларацию прав человека", которая признает за индивидами определенный набор прав и свобод. Безусловно, этот документ носит исключительно рекомендательный характер, и его положения соблюдаются не во всех странах. Но в то же время он имеет значение всеобщего принципа, и он был подкреплён "международными пактами о правах человека", затрагивающими один — гражданские и политические права, другой — экономические и социальные права.

Точно так же, в рамках Совета Европы, подписанная в Риме 4 ноября 1950 г. "Европейская конвенция о защите фундаментальных прав и свобод человека" имела целью создание принципиально новой, действительно наднациональной системы контроля.

(1) R.B. Schlesinger et P. Bonassies, *Rev. intern, dr. comparé*, 1963, pp 501 et s.

С этого момента можно говорить о согласовании юридических систем, о преодолении их обособленности на международном уровне либо путем унификации законодательств (А), либо при помощи системы, обеспечивающей разрешение конфликтов между законами (Б).

#### **А • Унификация законодательств**

**134.** Несмотря на воздействие со стороны ряда законодательных произведений, подобных Кодексу Наполеона или немецкому Гражданскому кодексу, несмотря на естественное влияние, которое оказывают на глубинном уровне родственные черты, свойственные отдельным народам, например, скандинавам, всемирная унификация законов остается химерой, а общая унификация законодательств двух или нескольких суверенных государств без их политической унификации — мифом.

В то же время унификация законодательств нескольких стран, ограниченная специальными вопросами, возможна и часто имеет место. Если она может осуществляться практическим путем и при посредничестве профессиональных организаций — наиболее яркие тому примеры находим в международном морском праве, — она находит выражение прежде всего в межгосударственных соглашениях, в *международных договорах*. Выполнение таких договоров становится обязательным для стран-участниц, причем они главенствуют над внутринациональными законами: государства являются субъектами международного права. Кроме того, такие договоры подкрепляются обязательным характером конвенций, с которыми они согласовываются. Превосходство международного договора над внутренним законом закреплено во французском законодательстве статьей 55 Конституции 1958 года.

Следует помнить, что сфера распространения и роль международных соглашений очень сильно варьируются. Помимо оговорок, затрагивающих отношения между стра-

нами-участницами, договора часто содержат юридические правила фундаментального уровня. Принято различать "договора-соглашения", в которых государства заявляют о принятии взаимных обязательств, и "нормативные договоры", цель которых изложить и утвердить юридические правила, объективные юридические ситуации. Интенсивность влияния договоров сама по себе бывает разной, некоторые договора доходят до уровня "интеграции", и тогда международная организация обзаводится "надгосударственными" структурами, которые наделяются властью принимать решения, что позволяет такой организации устанавливать нормы, обязательные для государств.

Международные соглашения могут напрямую учреждать *наднациональные организации*; к таким организациям относится ООН, возможности которой определены и ограничены государствами, подписавшими соответствующий договор; в некоторых случаях речь может идти об учреждении международной юрисдикции (например, постоянно действующий и заседающий в Гааге Международный суд). Соглашения иногда определяют параметры какого-либо *международного закона, отличного от внутренних законов* государств-участников и предназначенного для регулирования международных отношений. В таком случае международные соглашения не отменяют различающиеся законы отдельных государств, но закрепляют новый закон, которому должны подчиняться субъекты международного права в случае возникновения между ними разногласий: Франция и Германия, страны-участницы Бернской конвенции о международных железнодорожных перевозках, сохраняют свои внутренние законы, регламентирующие железнодорожные перевозки, но в случаях, когда речь идет о перевозках по железным дорогам обеих стран — Франции и Германии — применяются положения Бернской конвенции. Наконец, целью договоров может быть *действие процессу унификации внутренних законов го-*



сударств, подписывающих договора; в таком случае каждое из государств-участников договора обязуется заменить национальные законы на новые, единые для всех сторон положения: известным примером такого сотрудничества является возникновение вексельного права, когда соглашения, подписанные в Женеве в 1930 г. и регулирующие процесс унификации национальных вариантов вексельного права, включая простые векселя и чеки, повлекли за собой провозглашение в странах, подписавших соглашения, в том числе и во Франции, новых внутригосударственных законов.

135. Наиболее яркой иллюстрацией такой работы по организации международной правовой системы и гармонизации законодательств отдельных государств может служить правовая система Европейского Сообщества.

Принципиальная новизна права, действующего в рамках сообщества, заключается в том, что оно ставит задачей "движение в направлении определенного внутреннего юридического порядка посредством юридических технологий, в основе которых лежит международный договор. Этот договор является одновременно Конституцией сообщества, из которой вытекает распределение компетенций и которая располагается в самой верхней части иерархии правил, действующих в сообществе" (1).

Договора регламентируют передачу полномочий руководящим органам сообщества и создают благоприятные условия для унификации законодательств по многим важным вопросам. В договоре Европейского Сообщества предусматривается, что "Совет... утверждает директивы, направленные на сближение законодательных, регламентарных и административных положений стран-членов сообщества; эти директивы самым непосредственным образом влияют на формирование, утверждение и функционирование об-

(1) G. Ghestinet G. Goubeaux, *op.cit.*, "Introduction générale", n°290.

щего рынка" (ст. 100, абз. 1). С другой стороны, ст. 189 Римского договора разрешает Совету и Комиссии издавать "регламенты" и "директивы", принимать "решения", формулировать "рекомендации" и высказывать "мнения". "Регламенты" — это тексты наиболее общего содержания, обязательные для выполнения по всем пунктам и применяемые в пределах каждого государства — участника договора. Обращаясь к конкретному государству — участнику договора, "директивы" указывают ему "на цели, которых необходимо достигнуть, оставляя при этом за внутригосударственными инстанциями право выбора формы и средств достижения целей": таким образом, директивы побуждают государства-участники к гармонизации правовых систем, регулирующих жизнедеятельность отдельных торговых сообществ, по многим пунктам.

В силу прямого применения договоров и производных от них текстов к юридическим системам отдельных государств-участников, а также в силу принципа, утверждающего примат правил сообщества по отношению к национальным законам, как принятым ранее, так и тем, которые еще только будут приняты (1), правовая система сообщества приобретает черты достаточно своеобразной (а может, и единственной в своем роде) системы унификации права.

Однако, несмотря на все усовершенствования, международное право (2), за отсутствием средств принуждения и полных гарантий выполнения санкций, не обладает полной, свойственной иным юридическим правилам. Этот вывод становится еще более очевидным, когда в отсутствие гармонизации систем позитивного права возникает необходимость урегулировать противоречия законов разных государств.

(1) За исключением случаев, когда положения договоров посягают на фундаментальные права, признанные и гарантированные конституциями этих государств.

(2) См. "Le droit internationale", Arch, de pilo. du Dr. Sirey, T. 32, 1987.

## Б • Разрешение конфликтов между законами и юрисдикциями

136. Конфликты между законами возникают в тех случаях, когда законодательства двух или нескольких стран каждое по-своему регулируют один и тот же правовой вопрос. Сюда же следует отнести случаи конфликтов на уровне юрисдикции; такие конфликты связаны с полномочиями судов при разрешении международных споров, а также с проблемой применения той или иной процедуры для разрешения таких споров и с проблемой отношения юридических систем отдельных государств к приговорам, вынесенным зарубежными судебными инстанциями (1).

Конфликты на уровне законов и юрисдикции возникают, когда две или более неунифицированные юридические системы оказываются вовлеченными в отношения, один из компонентов которых вызывает конфликт. К таким ситуациям относятся случаи с лицами, имеющими гражданство нескольких государств, или случаи, когда акт или событие, вызвавшее соответствующие правовые отношения, имел место на территории иностранного государства. Когда французские автомобилисты становятся виновниками несчастных случаев во время их пребывания на территории зарубежных государств, возникает вопрос о том, какой закон должен определять меру их административной ответственности — закон страны, где произошел несчастный случай, или закон страны, гражданами которой являются провинившиеся, а также в компетенции какого суда находится рассмотрение данного происшествия — иностранного, под юрисдикцией которого находится данная территория, или французского, под юрисдикцией которого находится территория, где проживает ответчик. В эпоху, когда "международное гражданское сообщество опережает в своем разви-

тии государство" (1), в частности в экономической сфере и в сфере отношений, из которых складывается частная жизнь, на первый план выступает задача методичного разрешения существующих проблем.

В то же время существующие внутри каждой юридической системы источники норм международного частного права и положения, санкционирующие их выполнение, являются за редким исключением национальными источниками и санкционирующими положениями. Так, мы говорим о французском варианте международного частного права, некоторые из правил которого происходят из закона, а основная часть — из системы толкования законов и из судебной практики. Поэтому у нас есть основания полагать, что международное частное право — это "только проекция на международную плоскость положений конкретной отрасли национальных правовых систем, вобравшей в себя правила, применяемые к ситуациям, где присутствует внешний, инородный, компонент" (2). Несмотря на это, различные системы международного частного права, при всей их неоднородности, способствуют нормализации международных отношений и нередко облегчают задачу разрешения конфликтов на уровне законов и юрисдикции. Кроме того, необходимо подчеркнуть, что международные конвенции или соглашения сторон часто определяют параметры правомочного юридического порядка и компетенции соответствующих юрисдикции и что национальные правовые системы определяют условия действительности решений, принимаемых в рамках двух- или многосторонних соглашений (3).

Регулирование конфликтов на уровне законов и проблемы территориальных компетенций различных юрисдик-

(1) Loussouarn et Bourel, *Droit international privé* (Précis Dalloz 1978); P. Mayer, *Droit international privé* (Ed. Montchrestien — 2<sup>e</sup> éd. 1983), n<sup>os</sup> 77 et s.

(1) R. Maspétiol, Article aux Archives de Philosophie du Droit, T. XVII, 1972, pp. 318 et s.

(2) R. Legais, *Clefs pour le droit* (Ed. Seghers 1073), p. 136.

(3) Например, Брюссельская конвенция от 27 сентября 1968 г.

ций свидетельствуют не только о скрытых препятствиях, на которые натывается право, реализуясь в пространстве, но и о том факте, что позитивное право включает институты и правила, предназначенные для разрешения трудностей, обусловленных вмешательством пространства в юридические отношения.

## 2

Раздел

## ПРОСТРАНСТВО В ПРАВОВОЙ СИСТЕМЕ

Все юридические отношения, все правовые ситуации включают, по крайней мере в качестве вспомогательного, пространственное измерение. Пространственная локализация лиц и имущества делает возможной их индивидуализацию; локализация в пространстве событий юридической жизни, вызванных чьей-то волей или непроизвольных, влияет на их последствия. В то же время существуют юридические ситуации, главная цель которых — дробление пространства; пространство в данном случае выступает по отношению к этим ситуациям в роли основания, области или исходного пункта. Так, право владения недвижимым имуществом распространяется на определенную площадь, скорее, на определенное (объемное) пространство; близость или удаленность лиц или имущества предопределяет появление определенных проблем; право, регулирующее освоение территорий или процесс градостроительства, имеет целью управление пространством; право, регулирующее транспортные перевозки, имеет целью преодоление и, следовательно, подчинение себе дистанций, разделяющих отдельные места; в настоящее время право посягает уже на воздушное пространство и, все больше и больше, на межзвездное пространство.

Итак, пространству в правовой системе уделяется достаточное количество места, о чем нередко забывают, когда говорят как о проблемах точной локализации (§1), так и о пределах распространения юридических ситуаций (§2).

## §1 Локализация ситуации

138. Локализация лиц, имущества, актов и фактов в пространстве влечет за собой ряд последствий, которые касаются правового фундамента (А). Но сюда же следует отнести факторы процедурного характера (Б).

### А • Локализация юридической ситуации в пространстве и имущественное право

139. Индивидуализация физических и юридических лиц предполагает их привязку к определенному месту. Пространственная локализация физических и юридических лиц сказывается на их возможности осуществлять свои гражданские и публичные права, в частности политические и избирательные права. В международном частном праве применение соответствующего закона в случаях, когда возникает конфликт на уровне законов, зависит иногда от легального места жительства (1).

Любая компания, местонахождение которой приходится на французскую территорию, подчиняется в своих действиях положениям французских законов (ст. 1837 ГК и ст.3, абз. 1 закона от 24 июля 1966 г.). Кассационный суд согласно общему правилу, а Государственный Совет в вопросах фискального права провозглашают французскими те компании, юридический адрес которых находится во Франции.

Домицилий дебитора, в отсутствие соглашений, оговаривающих иные условия, считается местом уплаты налогов (ст. 1247 ГК), и если кредитор отказывается получить выплату в данном месте, дебитор должен предложить исполнение платежа по месту, которое является домицилием кредитора (ст. 1258, 6° ГК). Локализация физи-

ческих лиц также определяет место совершения важных актов, касающихся их личности или их семьи: место регистрации брака, место усыновления, место, где начинаются и протекают опекунские действия...

В то же время мобильность юридических лиц и их постоянное перемещение делают такую фиксированную локализацию частично искусственной. Этим объясняется разнообразие видов локализации, их различение по частоте обращения к юридическим условиям, а также своеобразная иерархия различных видов локализации одного и того же лица.

Примером такой условности может служить ст. 102 ГК, согласно которой "домицилий каждого француза, в том, что касается осуществления им своих гражданских прав, определяется по месту, где находится его основное хозяйство". Но закон в некоторых случаях предписывает физическим лицам домицилий, месторасположение которого определяется не по их воле, при этом предполагается, что именно здесь находится их основное хозяйство. Так, легальным местом жительства несовершеннолетних автоматически считается домицилий их родителей; домицилием некоторых функционеров и министерских чиновников считается место выполнения ими своих функций; лодочники, ярмарочные торговцы и артисты, кочевники обязаны указывать в качестве легального места жительства свою коммуну. Наконец, по условиям некоторых юридических ситуаций юридические лица могут или должны выбирать себе домицилий в месте, с которым их реально ничего не связывает. С другой стороны, бывают случаи, когда законодатель выражает свое недоверие в отношении фиктивных адресов. Так, если третьим лицам удастся извлечь пользу из уставного адреса компаний, последние не могут им в этом препятствовать.

Однако право вновь обретает реальные параметры, когда обращается к другим формам выражения локализации

(1) Loussouarn et P. Bourel, *op.cit.*, 156 et s.

юридических лиц. Понятие "местопребывание", то есть место, где фактически находится лицо, иногда заменяет понятие домицилия и может конкурировать с последним в некоторых вопросах. Позитивное право все чаще использует понятие "местопребывание" и все меньше понятие "домиций", хотя последнее по-прежнему преобладает. Что касается юридических лиц, современное право иногда ограничивается указанием адреса их главного органа управления или их основного учреждения, независимо от адреса, указанного в уставе (ст. 58 Римского договора), или адреса какого бы то ни было из их учреждений; такая практика получила наименование практики "основных крыш"\* . Бывают, наконец, случаи, когда адрес увязывается с обычным "видимым домицилем" или, что зависит от конкретного случая, с различными местами, в которых закрепляется одно и то же лицо.

**140.** Наравне с локализацией лиц существенную роль играет локализация некоторого имущества. Так, фиксированное местонахождение недвижимого имущества предполагает, что оно имеет по крайней мере географическую индивидуализацию; то есть это неизбежно должны быть конкретные объекты. Поэтому их продажа в принципе влечет за собой непосредственный переход собственности и страховых рисков. В случае невыполнения договорных условий расторжение сделки может обернуться возвратом продавцу всей недвижимости. Возможность легко привязать к одному месту и локализовать недвижимость превращают ее в привлекательный инструмент кредитования: недвижимое имущество служит гарантией безопасности сделки. Недвижимое имущество делает возможным организацию такого режима оборота земли, который был бы эффективным с точки зрения информирования третьих лиц и отвечал необходимости обеспечения юридических

актов силой, гарантирующей от неправомерного притязания третьих лиц на недвижимое имущество.

Некоторые виды движимого имущества подчиняются такому юридическому режиму, который их сближает с недвижимостью, в частности это касается режима обеспечения гласности, перемещения собственности и направленности против третьих лиц актов, касающихся такого имущества. Среди различных видов движимого, по природе, имущества есть такие, которые должны регистрироваться административным путем и в силу этого обстоятельства рассматриваются как располагающиеся в месте регистрации: речь идет о морских, речных и воздушных судах. Управление некоторыми совокупностями движимого имущества, образующими единства, например, совокупным имуществом торгового предприятия, осуществляется в схожем режиме.

Однако выгодность таких механизмов локализации очевидна только в сфере процессуального права.

#### **Б • Место юридической ситуации и процессуальное право**

**141.** Главная функция "домицилия" или "местонахождения" *юридических лиц* состоит в том, чтобы прикрепить их к юрисдикции тех территориальных органов, откуда они происходят. Действительно, из соображений порядка и надлежащего администрирования власти не могут осуществлять свои исключительные права в неограниченном пространстве и поэтому наделяются полномочиями, которые распространяются на территорию, ограниченную определенной юрисдикцией; лица, прикрепленные к этой юрисдикции, выступают в роли юридических лиц для соответствующих органов власти. Данное прикрепление играет совершенно особую роль в сфере судебной практики: территориально полномочными юрисдикциями считаются, как правило, юрисдикции местности, где пребывает ответчик

\* "Gares principales"

(ст. 42 Нов.ГПК). Уточнение местности, где находится или зарегистрировано какое-то лицо, бывает подчас необходимым в связи с каким-либо судебным действием. Кроме того, в течение всего процесса возникает необходимость знать, каким образом и где можно найти стороны. Этим обусловлена определенная строгость в определении domicilia, хотя современное процессуальное право, закрепляющее разрушение классического принципа единства domicilia, уделяет важное место таким понятиям, как место-пребывание, второстепенные учреждения, выбор domicilia... Однако эта строгость необходима для надлежащего отправления справедливости: следует избегать такой ситуации, при которой человек мог бы за счет своей мобильности уйти из-под надзора судебной системы.

Что касается *имущества*, место нахождения недвижимости является решающим фактором при определении территориального органа судебной власти, компетентного для рассмотрения вещных дел о недвижимости.

**142.** Место, где происходят различные события юридической жизни, также играет решающую роль при установлении территориальной компетентности. В отношении действий, связанных с передачей наследства, компетентным считается суд той местности, где произошло открытие наследства, другими словами, местности, ставшей последним domicilio умершего: в данном случае речь идет об исключительной компетенции суда, позволяющей ему производить все действия, вплоть до раздела наследуемого имущества. В вопросах, связанных с правонарушениями и квазиделиктами (неумышленными правонарушениями), текст закона помогает установить суд, компетентный на территории, где был нанесен ущерб, и суд, компетентный на территории, где был понесен ущерб: как правило, два этих места совпадают, несмотря на возможные юридические разногласия в ходе рассмотрения дела. Что касается уголовных дел, компе-

тентной в решении вопроса о правонарушении считается всегда та юрисдикция, на территории которой было совершено преступление. В случае умышленных правонарушений и уголовных преступлений установление места их совершения обуславливает, но не в обязательном порядке, компетентность соответствующих юрисдикций.

При рассмотрении дел, связанных с выполнением обязательств по договорам, истец наделяется правом, хотя это зависит от типа договора, определять по своему выбору не только юрисдикцию местности, где находится ответчик, но и юрисдикцию местности, где была реально осуществлена поставка, или местности, где была предоставлена услуга.

Во всех случаях установление компетентных юрисдикций продиктовано соображениями практического порядка, нацеленными на содействие процессу расследования.

Однако местом всех этих различных юридических ситуаций является не обязательно какой-то уникальный географический пункт. Локализация разных элементов ситуаций по различным пунктам влечет за собой возникновение проблем дистанции, или, выражаясь в базовых терминах вещного права, проблемы протяженности и охвата.

#### **i» о Дистанция и протяженность (охват)**

**143.** Дистанция и протяженность (охват) могут стать причиной процессуальных трудностей. Некоторые виды недвижимого имущества, располагаясь одновременно в двух или нескольких административных округах, захватывая их границы, порождают дополнительные трудности, связанные с установлением компетентных юрисдикций. Похожим образом закон допускает, хотя и редко, увеличение сроков процедуры, учитывая удаленность сторон по отношению к установленной юрисдикции (ст. 643 и след. N.C.P. Civ.).

Однако интерес к дистанции и протяженности (охвату) как базовым компонентам рассуждения возникает либо в связи с необходимостью принимать во внимание установленное материальное пространство (А), либо в целях волевого урегулирования конкретных юридических отношений (Б).

#### **А • Познаваемое пространство**

**144.** *Делимитация недвижимой собственности* длительное время понималась как делимитация поверхности земли. Такое представление является неполным: поверхность земли считается неиспользуемой только в том случае, когда собственность владельца не распространяется на то, что находится над землей или под землей. Впрочем, ст. 552 ГК предусматривает, что "собственность на землю влечет за собой собственность на наземные и подземные объекты", что позволяет владельцу возводить строения, разводить плантации и производить раскопки, получать продукцию. Поэтому недвижимость в виде вещей оказывается трехмерным имуществом: оно соответствует в этом плане объемным предметам. Современная техника позволяет строить и внедряться все выше и все глубже; этим продиктована необходимость все чаще прибегать именно к такому, трехмерному, пониманию количества (собственности); в настоящее время юристы, определяя статус некоторых видов коллективного имущества, обращаются к образу объемной (кубической) собственности, когда во внимание не принимается отдельно площадь пола, потолка или стен. В любом случае горизонтальная и вертикальная плоскости пространства, на которые опирается такой способ исчисления, выражают базу, материальное содержание права собственности. Позитивное право тоже принимает во внимание эти параметры как в целях обозначения недвижимого имущества, так и для его делимитации при установке межевых знаков или для определения права пользования

недрами или воздушным пространством, которые примыкают к этому имуществу. Все вещные и личные права, связанные с недвижимостью, подчиняются именно такому способу обоснования, независимо от того, идет ли речь о правах, связанных с наймом жилья, или о вещных правах, входящих в состав права собственности, но предоставленных несобственнику, или о вещном обеспечении осуществления обязательств.

Помимо того, большая или меньшая близость, а иногда и смежность имущества, находящегося в собственности разных лиц, неизбежно приводит к возникновению юридических отношений как между долями собственности, так и между их владельцами или между лицами, занимающими собственность.

**145.** *Право, регулирующее отношения между соседями*, состоит из вещных отношений и отношений между лицами, вытекающих из факта близкого расположения земельных участков.

В сфере вещного права данный вид права вводит ограничения для права собственности в интересах собственников-соседей. Закон устанавливает различные виды сервитута, часто взаимного, который ограничивает состав права собственности. С другой стороны, те виды сервитута, которые связаны с собственно человеческим фактором, образуют совершенно особый вид вещных прав, таким образом регулирующих отношения между "служащим" и господствующим земельными участками, чтобы первый использовался в целях более эффективного использования второго, в целях извлечения из него большей выгоды. Действительно, чаще всего сервитут затрагивает соприкасающуюся собственность, но не всегда. Существует большое число случаев, когда сервитут применяется к несоприкасающейся собственности; части вступают в определенные отношения, из которых в свою очередь для всех сторон возникает либо дополнительное бремя, либо дополнитель-

ная выгода, например, в случае земельных участков; то есть в данном случае, как и в случае реального соседства, сервитут выражает, хотя и особым образом, отношения соседской общности.

Такое расширение рамок права, регулирующего соседские отношения, чаще всего имеет место при решении вопросов об административной ответственности соседей. В настоящее время наблюдается "географическое" рассеивание соседских отношений; мы констатируем это явление, с одной стороны, наблюдая виновные действия в виде правовых злоупотреблений, с другой стороны, понимая, что в силу необходимости преодолевать обычные неудобства соседской жизни возникает ответственность, которая носит соответственно объективный характер: случаи загрязнения, прежде всего воздушной среды, вод, участков земли, покрытой растительностью... ставшие типичными для современной эпохи, объясняются особенностями промышленного развития; иногда сфера влияния таких случаев выходит далеко за рамки какой-то местности, чем объясняется возникновение следствий в виде дополнительной ответственности.

В то же время право суперфиция на собственность, требования, предъявляемые к отдельным видам ее использования, ответственность за причиненный ущерб, возникающая в результате этого использования, в настоящее время еще довольно часто диктуются соображениями общей выгоды. Так, позитивное право и органы государственной власти заинтересованы в укрупнении земельных хозяйств или в объединении сельскохозяйственных мощностей, то есть в усилении владений. В данном случае речь идет об интересах, связанных с более простым управлением земельным хозяйством и действиями людей.

## **Б • Управление пространством**

**146.** Всегда, когда при обсуждении международных отношений речь заходит о разделе территорий между го-

сударствами, о делимитации территориальных вод, об использовании воздушного или межзвездного пространства или, при обсуждении внутригосударственных вопросов, об освоении территории, юридическая система вынуждена сталкиваться с проблемами, которые связаны с необходимостью управления пространством.

Правом, регулирующим освоение территорий, определяются юридические принципы и средства, регулирующие процесс изыскания более рационального, с точки зрения экономической и гуманитарной, использования географического пространства отдельного государства (1). Право, регулирующее градостроительные процессы, включает в себя совокупность юридических средств, которые нацелены на упорядоченное развитие агломераций с учетом существующих потребностей. В данном случае управление пространством выражается главным образом в разделении земли на зоны, предназначенные для определенного использования: в результате образуются природные зоны, индустриальные, жилые зоны, зоны деловой активности... Управление пространством проявляется здесь еще и в заблаговременном планировании строительства и реконструкции общественных зданий и сооружений, в определении плотности, высоты и объема строительных конструкций, в утверждении средств, предназначенных для реализации этих предписаний... Сервитута, связанные с градостроительством или основанные на праве, регулирующем использование окружающей среды, могут доходить до запрещения строительства какого-либо объекта и закрывать крупные производства; преимущественное право покупки, закрепленное за официальными органами административно-территориальных образований, ограничивает сам материал собственности.

**147.** Перемещение имущества и лиц — еще один существенный предмет специфических юридических отно-

(1) J. de Lanversin, *La région et l'aménagement du terroire*, Ed. Litec.



шений, регулируемых транспортным правом. Преодоление расстояний и вмешательство человека по случаю возникающих в связи с перемещением многочисленных операций вызвали диверсификацию международных правил и правил, действующих на территории отдельных государств, появление новых второстепенных условий, связанных с типом транспортировки (наземной, морской, воздушной), диверсификацию используемых договоров, от договора на перевозку имущества до договора комиссии, фрахта или перевозки грузов на лихтере... Таким образом, как в сфере государственного, так и в сфере частного права, как на уровне договора, так и на уровне ответственности и распределения обязательств — везде присутствует юридическая норма, и она служит такой организации правовых отношений, когда расстояния подчиняются человеческой деятельности.

Итак, развитие жизни и человеческой деятельности в пространстве и проблемы локализации, протяженности и расстояния, которые таятся в юридических ситуациях, занимают в позитивном праве важное место. Выше мы продемонстрировали на ряде примеров, как проявляются эти проблемы. Однако развитие техники, прогресс и совершенствование средств связи, завоевание человеком космоса открывают новые и новые перспективы для подчинения пространства юридической составляющей жизни общества.

- **Иллюстрация**

**Корреляция между пространством и правовой системой**

Пример, взятый из дела, которое стало поводом для большого числа судебных решений, вынесенных как за рубежом, так и во Франции, призван показать, какие сложности возникают в результате рассеяния в пространстве различных элементов одной юридической ситуации (дело Патино, изложенное в книге P. Mayer "Droit International

privé", 2<sup>e</sup> ed., n° 1; Civ. 15 mai 1963. Clunet 1963. 1016 note P. Malaurie; J.C.P. 1963 II 3365 note H. Moutoulsky; Rev. Crit. 1964-532 note P. Lagarde):

"Боливец женится в Мадриде на испанке. Последняя становится боливийкой по браку; супружеская пара живет то в США, то во Франции. После долгих лет супружеской жизни муж подает на развод и получает его, развод оформляется в Мексике. Наконец, жена заявляет свои претензии на часть имущества во Франции".

- *Правовая система в пространстве*

Разные национальные правовые системы по-разному трактуют понятия развода и раздела имущества и неизбежно по-разному подходят к решению соответствующих проблем. Ко времени, когда происходили описываемые события, развод допускался во Франции и в Мексике, но не допускался испанским правом. Понятие раздела имущества присутствовало во французском и в испанском праве, но отсутствовало в боливийском. Следует отметить, что такие различия проявляются между правовыми системами, которые близки друг другу как по происхождению, так и по общественному устройству соответствующих стран (за исключением американской правовой системы) и по механизмам правовых действий.

В то же время существуют проблемы конфликтов на уровне законов, которые необходимо решать. Тот факт, что бракосочетание происходило в Испании, мог бы служить основанием для применения испанского законодательства; гражданство сторон — для применения боливийских законов. Наконец, поскольку жена, подавая иск о разделе имущества, выбрала французский суд, можно было ожидать применения французского законодательства.

Что касается отношения во Франции к решению мексиканского суда о разводе, оно зависит от авторитета, которым юридическая система наделяет решения иностранных

судебных органов. Наконец, полномочия французского суда связаны с решением конфликта на уровне юрисдикции.

- *Пространство в правовой системе*

Влияние локализации конститутивных элементов юридической ситуации на правовую базу и на процессуальное право весьма существенно.

Место бракосочетания может служить решающим фактором при определении конкретного законодательства, которое должно быть применено в данном случае. Домицилий (легальное место жительства) и фактическое место жительства супругов также могут указывать на страну, закон которой должен быть применен для решения вопроса о разводе или о разделе имущества (ст. 310 ГК Франции). Наконец, фактическое место жительства семьи или супругов позволяет определить территориально компетентный суд (ст. 1070 и след. Nouveau C. Pr. Civ.).

## Глава 3

### ПРАВО И СОЦИАЛЬНАЯ РЕАЛЬНОСТЬ

148. Человек, как существо "общественное", по определению Аристотеля, живя в обществе, оказывается вовлеченным в целую систему "неизбежных отношений, которые уходят корнями в самую природу вещей" (1). Юридическая организация жизни человека существует с того самого момента, когда он появился на земле, поскольку обществ без правовой системы быть не может. Даже первобытные формы совместной жизни людей предполагают наличие института утверждения личности каждого члена общины и признание его другими, то есть наличие "трансубъектной" связи, развитие которой приводит к возникновению институтов, применяемых к большему числу личностей и к новым формам деятельности (2).

Фундаментальный вклад в изучение этого вопроса сделали этнология и антропология. Задача этих дисциплин — изучение человека "в его социальной и культурной среде", их цель — познание древних цивилизационных форм, соответствующих форм мышления и юридической деятельности; решение таких задач и достижение целей позволяет этнологии и антропологии увидеть общую элементарную естественную базу права и исследовать основные компоненты и характерные черты юридического феномена, действующего в услови-

(1) Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre I, chap. 1.

(2) G. Del Vecchio, "Mutabilité et éternité du droit", Arch. de Philosophie du Droit, T. III, p. 139.

ях различных культурных традиций (1). В действительности юридическая антропология исследует не только основные юридические механизмы традиционных обществ, но и опыт современных обществ. Следуя теории "юридического плюрализма", мы отмечаем, что юридическая практика любого общества включает множество разнообразных юридических укладов, образующих свою иерархию и подчас конкурирующих при применении к тождественным юридическим ситуациям. Подобные наблюдения позволяют сделать вывод о существовании связей между особенностями исследуемых обществ и правилами, которые управляют жизнью этих обществ.

Конечно, можно возразить по поводу утверждения, что все эти правила являются юридическими правилами, и попробовать доказать, что появление права не всегда происходило на одной и той же стадии развития разных цивилизаций. Так, Китай, по всей видимости, не принял идею закона из-за его абстрактного и строгого характера и не признал принцип разнообразия юридических ситуаций; Япония продемонстрировала похожую сдержанность относительно однообразия, свойственного праву (2). Но большинство цивилизаций с момента своего зарождения отдаёт предпочтение праву, понимаемому иначе, а именно праву как "совокупности правил, определяющих отношения между людьми" и образующих "систему обязанностей", дополненных санкциями (3). Таким образом, право как таковое есть, по определению Дюркгейма, явление социальное, то есть "непроизвольный феномен, возникающий

из объединения людей в группы, для которых характерно определенное постоянство и устойчивость" (1).

Нет ничего, что говорило бы против существования связи между юридическим правилом и социальным окружением, где оно рождается, живет и угасает. "Во избежание напрасного труда юридическое правило должно утверждаться с учетом данных социального порядка. Поэтому исследователю крайне необходимо обладать глубокими познаниями в социальной сфере" (2).

Поскольку, как мы выяснили, между правом и фактами социальной действительности существуют тесные отношения (Раздел 1), социология как наука, анализирующая факты социальной жизни людей на достаточно высоком уровне обобщения, выступает в роли одного из существенных элементов, содействующих разработке, применению и эволюции позитивного права. Хотя юридическая социология (Раздел 2) не может дать праву все необходимое, она способствует его расцвету и пониманию.

(1) "Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit", sous la direction de A. J. Arnaud, Ed. L.G.D. J. et Story-Scientia, Paris-Bruxelles 1988, см. *Anthropologie juridique et pluralisme juridique*; N. Roulaut "Anthropologie juridique", Ed. R.U.F., coll. Dr. fondamental, Paris 1988.

(2) R. Maspétiol, "Le droit et la politique..."; Arch. de Philosophie du Droit, T. XVI, p. 37.

(3) H. Lévy-Bruhl, *Aspects sociologiques du Droit* (Ed. M. Riviere 1955), p. 12.

(1) *Ibidem*.

(2) P. Roubier, *Théorie générale du Droit*, (2<sup>e</sup> éd. 1951), n° 22.

# 1 ОТНОШЕНИЯ МЕЖДУ ПРАВОМ И СОЦИАЛЬНОЙ РЕАЛЬНОСТЬЮ

## Раздел

149 Согласно Иерингу, "юридические правила могут быть выведены путем абстрактных рассуждений из отношений, наблюдаемых в жизни; они созданы для того, чтобы выразить эти отношения и зафиксировать самое их природу". Хотя закон и создается по воле правящей части общества, "полный суверенитет их власти носит теоретический характер... В условиях всех известных режимов их творческий акт детерминирован причинами, предшествующими проявлению их воли". Поэтому не следует удивляться мобильности права, которая в условиях демократических режимов "становится фатальным следствием свободной игры социальных сил" (1). Так, Рубье выделял три группы "факторов, определяющих процесс правотворчества": экономические факторы, образованные соответствующими интересами, религиозные или моральные факторы, представленные традициями, наконец политические и социальные факторы, прежде всего связанные с идеологиями (2). Однако означает ли все это, что в правовой сфере действует принцип полного детерминизма, согласно которому право — это не более чем продукт социального порядка, порождаемый названными творческими силами независимо от какой бы то ни было автономной воли и независимо от всякого свободного выбора законодателя? Другими словами, если между правом и фактами социальной жизни существуют отношения на природном уровне (§1), то идет ли речь об отношениях родства (§2)?

(1) G. Ripert, *Les forces créatrices du Droit* (L.G.D.J. 1955), n° 34.

(2) P. Roubier, *op.cit.*, n° 22.

## §1 Природные отношения

150. Правила поведения людей, порожденные многочисленными глубинными факторами, но выраженные по воле государства, которое наделяет их особой силой — эти правила становятся обязательными для выполнения, — являются по сути явлениями социального порядка, хотя и отличаются от других правил общественной жизни, например, правил морали, правил приличия или религиозных заповедей. Однако нравы и состояние цивилизации эволюционируют, и эта эволюция не снижает своих темпов в современную эпоху, при этом ускорение исторических процессов неизбежно ведет к существенным мутациям правовой системы: различия между правовой системой эпохи консулов, когда появились институты современной Франции, или Гражданским кодексом и нашей цивилизацией неизмеримо более глубокие, чем различия между все тем же правом консулов и римской цивилизацией, которая стала питающей базой для существенной части наполеоновской правовой системы (1). Таким образом, право *по своей природе* связано с фактами социальной жизни (А). Но и содержание правовой системы, образующие ее правила, институты, понятия также носят социальный характер, поэтому и *по своему содержанию* право оказывается связанным с жизнью общества (Б).

### А • Природная связь

151. "Люди прошлого могли быть свидетелями стабильного положения права, поскольку материальная составляющая цивилизаций не менялась"... В настоящее время срок жизни цивилизаций, эр цивилизаций, сократился до

(1) C. A. Colliard, *La machine et le droit privé contemporain*, Etudes Ripert, T. I, p. 115.

двадцати лет... Эти эры получают названия научных открытий: эра парового двигателя, эра электричества, эра двигателя внутреннего сгорания, эра атомной энергии, космическая эра.

Рипер лучше, чем кто бы то ни было, показал, что юридическая система, диктуемая сегодня требованиями прогресса, ставит под сомнение классическую правовую систему, а завтра, на новом витке прогресса, будет тоже сметена (1). Этот ученый подчеркивал, насколько Гражданский кодекс Франции, принятый в 1804 г. и впитавший в себя положения "Corpus juris civilis" и правовые обычаи Парижа, может показаться неприспособленным для условий современного мира, в котором на место права, контролирующего и направляющего все действия людей исходя из высших интересов общества, пришло право, основанное на индивидуальной инициативе, свободе заключения договоров, ответственности за нарушения законов. Очевидно, что процесс замены права, основанного на власти мужа, на патернализме, на право, для которого характерна абсолютная собственность, свобода заключать договора, условная стабильность контрактов, решающая роль сторон трудового договора или договора аренды, иерархический и солидарный характер семейных отношений, сегодня подошел к своему логическому завершению. Не приходится сомневаться в том, что при рождении новых элементов возникает необходимость в новых юридических регламентах; право, регулирующее использование воздушного пространства, право, регулирующее вопросы социального обеспечения, или потребительское право были порождены технологической эволюцией и современными социальными преобразованиями.

Однако именно под сенью великих правовых институтов классической эпохи расцвели эти новые направления права и осуществились юридические мутации. Способность

понятий приспосабливаться к новым условиям и гибкость юридических норм позволяют вместить в их рамки достаточное количество новых реалий. Так, понятие договора смогло ужиться и с коллективными договорами, и с управляемой экономикой; понятие собственности поглотило понятие монополии на использование продуктов интеллектуальной, промышленной и коммерческой деятельности. Понятие юридического лица стало венцом процесса концентрации капиталов и имущества в сфере крупной промышленности. Право статической собственности на недвижимость переместилось в направлении динамической собственности в виде предприятия, и право, регулирующее деятельность частного предприятия, пересекается сегодня с правом, регулирующим деятельность муниципального предприятия. Так, гибкость правил и общих понятий обеспечивает определенную стабильность права, даже несмотря на те социальные мутации, которые они отражают. "Вещи всегда остаются всего лишь предметами прав, и изменение в сфере материальной данности может интересовать право только в той мере, в какой юридическое правило зависит от природы предмета" (1). *Постоянная изменчивость юридических эпифеноменов, которую выражают технические нормы и правила, не затрагивает перманентный характер фундаментальных институтов.*

152. Если уровень материального развития цивилизации проецируется на сферу нравов, а трансформации событий человеческой жизни определяют эволюцию права по той причине, что право не может отделиться от жизни, то калькирование процессов эволюции в сфере социальной действительности на эволюцию в сфере права обязательно происходит с определенным сдвигом. Кроме того, право не всегда пассивно следует за эволюцией фактов. Время от времени публикуются разоблачения "мифа об адаптации права к факту", которая, по определению, долж-

(1) G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, op.cit., not. №<sup>s</sup> 11 et s.

(1) G. Ripert, op.cit., n° 13.

на предполагать совершенное знание фактов и исключать возможность выбора какой-либо юридической политики (1). Бывает так, что право опережает факты, когда, как, например, в случае обязательного страхования, оно предупреждает возможные последствия рисков, характерных для современного общества. Право борется с фактами, когда, противодействуя давлению со стороны индустриальной цивилизации и последствиям демографического кризиса, оно создает благоприятные условия для существования семьи и вызывает рост рождаемости.

Однако главное, что следует отметить, это свойство юридического мира извлекать из социальной данности правило, которое должно быть предъявлено людям. Для того чтобы проникнуть в правовую систему, факты нуждаются в предварительной "концептуализации", то есть должны быть подвергнуты особому интеллектуальному анализу и трактовке, которые помогают выделить их юридическое значение, чтобы впоследствии увязывать с этим значением определенные действия. Кроме того, необходимо, чтобы право, увязывая с фактами предписания, которые должны ими управлять, одновременно постигало факты, а для этого нередко требуются длительные исследования, сложные рассуждения, выдержка при составлении формулировок. Поэтому формирование правовой системы — это длительный, кропотливый труд. Именно этим объясняется то, что в процессе проекции фактов на юридическую плоскость неизбежно имеют место такие явления, как замедление, отражение, иногда искажение. Нельзя не обратить внимания на "метаморфозы права" (2), но нельзя также утверждать, что эти метаморфозы есть образ — сиюминутный, точный и

(1) C. Atias et D. Linotte, "Le mythe de l'adaptation du droit au fait" D.S. 1977. 1-251.

(2) R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit Civil d'aujourd'hui* (3<sup>e</sup> éd. Dalloz 1964); *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui* (Ed. Dalloz 1959).

постоянно обновляемый — того хаоса, который свойствен фактам социальной действительности. Право нуждается в стабильности, ибо для того, чтобы подчинить человека игнорируемому им закону, как в "Процессе" Кафки, система безопасности, утверждение которой составляет функцию права, должна строиться в том числе на перманентности юридических правил. Однако эволюцию фактов следует понимать, принимая во внимание существующий правовой фундамент. Новые сферы права наиболее чувствительны к влиянию со стороны явлений социального порядка, тогда как принцип эмпиризма рассыпается при столкновении с общими принципами традиционных дисциплин. *В конечном итоге медленная и прогрессирующая в отношении принципов, более стремительная и привередливая в отношении простейших механизмов эволюция правовой системы, вызванная действием фактов социальной действительности, — это реальность, неразрывно связанная с юридическим материалом, эффективность которого зависит от его соответствия потребностям социальной жизни.*

153. Такая природная связь между правом и фактами социальной действительности развивается под влиянием многочисленных сил, которые таит в себе жизнь общества.

В первых человеческих обществах нормами, которые управляли людьми, были *религиозные заповеди*. Именно так было на заре Античности. Осуществлявшееся в течение веков влияние христианства и канонического права на правовую систему западных цивилизаций сформировало институты и стало играть ведущую роль в сфере семейного права, основанного на принципе нерасторжимости брака. Правовые системы исламских стран и каноническое право свидетельствуют о том, что еще и сегодня в большей части мира религия накладывает свой отпечаток на позитивное право. Так, например, христианская мораль перешла в гражданское законодательство. Процесс обмирще-

ния системы гражданского права, то есть устранение религиозного влияния в процессе правотворчества, во Франции начался с Революцией, затем нашел отражение в Гражданском кодексе, а в 1905 г. в результате отделения церкви от государства получил новый толчок к развитию. Этот процесс постепенно охватывает все современные цивилизации. В то же время, несмотря на бесспорный упадок религиозного чувства в сознании наиболее развитых народов, религиозные силы вновь дают себя знать, когда закон посягает на то, чтобы регламентировать организацию культа и деятельность церкви. Вопрос о частных школах во Франции, сохранение сильного влияния религии в таких социалистических странах, как Польша, исламский фундаментализм... все это свидетельства того, сколько еще сил — консервативной или революционной направленности — сохраняет религия и какое влияние она продолжает оказывать на общество и юридические правовые системы.

Рипер настаивал — иногда с излишним консерватизмом, — что в действиях сил, определяющих процесс правотворчества в современном мире, нет упорядоченности, что эти действия анархичны и заставляют право скользить, подобно пьяному кораблю из стихотворения Рэмбо, в направлении неизвестного океана (1). И действительно, увеличение числа групп населения, представляющих различные *идеологические течения или социoproфессиональные объединения* (требования которых опираются на манифестации, на использование средств масс-медиа и существенные финансовые средства и часто одобряются официальной властью), является фактором, нередко вносящим беспорядочность в процесс эволюции правовой системы. Мощь и власть профсоюзов и ассоциаций отражают действие объединенных сил, высвобождаемых обществом для того,

чтобы продемонстрировать существующие в его недрах течения. Помимо изъявления своей воли, иногда неоднозначной, *общественное мнение*, более точно уловить которое позволяет современная технология "зондирований", передает волю какого-то народа и выражает насущные потребности какого-то общества. Поэтому общественное мнение превратилось в *силу, обладающую правом инициативы*, направленной на эволюцию правовой системы, хотя и приходится констатировать наличие в этой сфере очень консервативных тенденций.

Совместимость закона со взглядами заинтересованных групп населения и с настроением общественного мнения оказывается еще одним условием его *эффективности*, поскольку закон проникает в реальный юридический порядок только тогда, когда ему подчиняются заинтересованные лица, а официальные власти его применяют. Безусловно, "эффективность" закона, факт его эффективного применения, никогда не бывает абсолютной. Иногда, впрочем, может оказаться полезным, в целях защиты определенных ценностей и ограничения влияния фактов, сохранить неэффективные правила. Норма бывает неэффективной, потому что общественные отношения, к которым она обращена, подчиняются другим нормам. Такое положение вещей предполагает, что исполнительная власть не применяет данную норму и допускает применение других норм, что судебная власть не наказывает за нарушение данной нормы и что лица, на которых распространяется действие данной нормы, отказываются ей подчиняться. В таких случаях юридическое правило остается мертвой буквой, поскольку оно не принимается всем обществом. Помня о вреде идолопоклонства перед реальными фактами, мы можем только заключить, что рассогласованность между законом и реальными фактами ведет к смерти закона и что эффективность юридической системы зависит от ее совместимости с фактами социальной действительности, которыми она должна управлять. Наконец, в "рамках экономи-

(1) G. Ripert, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 34 et s.; см. также *Le Déclin du Droit*, (L.G.D.J. 1949).

ческого анализа правовой системы" авторы некоторых гипотез подчиняют юридические решения их оценке на эффективность и надлежащую приспособляемость (1). Поэтому необходимо убедиться в том, что природная связь, объединяющая право с фактами социальной действительности, оказывается перенесенной на уровень содержания позитивного права.

## Б • Содержательная связь

154. Мы можем предположить, что позитивное право наиболее точно отражает чаяния народов, взаимоотношения сил, которые существуют в данной стране, и цивилизацию, которой управляет право. Позитивное право могло бы рассматриваться как истинно социальный факт, потому что оно содержательно более глобально, чем религия, язык или искусство, которые охватывают всего лишь отдельные аспекты человеческой жизни. Таким образом, право лучше, чем какая бы то ни было общественная наука, должно выражать реакцию всего общества, поскольку в его функцию входит закрепление определенных отношений между членами общества.

Анри Леви-Брюль показал, что содержание права представлено системой обязанностей, что обязанности определяются коллективно, что они носят общественный характер (2). Леви-Брюль показал, что некоторые народные изречения четко высвечивают социальный характер права. Правило, согласно которому "никто не может не замечать закона", может быть связано с тем

(1) Об экономическом анализе права см., например: R.A. Posner, "Economic Analysis of Law", Little, Brown and Co., 3<sup>rd</sup> Ed. 1985; R. Coase, "The problem of social cost", "Journal of law and economics", 1960, Vol. 3,1; E. Mackay, "Analyse économique du droit", 19985, (Recueil de textes) (A.E.D. Univ. de Montréal, 1985-1986); "L'analyse économique du droit", Rev. Rech Jur., 1987-2, RU. Aix-Marseille.

(2) H. Lévy-Bruhl, *op. cit.*, pp. 16 et s.

фактом, что закон исходит от социальной группы как единого целого и соответственно от каждого из членов группы; таким образом, никто не может покушаться на закон как на плод своих трудов.

Сентенция "error communis facit jus"\*, согласно которой даже ошибочное действие должно рассматриваться действительным, если оно распространено в обществе, весьма знаменательна и имеет различные варианты применения, среди которых наиболее примечательны узупапия (приобретение права собственности по давности владения), фиктивный брак (порождающий, однако, правовые последствия для супругов и детей), теория вероятности. Такой институт, как институт юридического лица, основывается не на чистой фикции, но на констатации того, что, поскольку объединения ведут себя подобно личностям, они являются коллективными лицами. Закон появляется по воле государства, юридического лица, образующего единое целое и отличающегося от составляющих это целое частей, то есть закон появляется по воле всего общества (1). Таким образом, закон основывается на коллективной воле, а не на желаниях отдельных индивидов. Эволюция трактовки большого числа законодательных формул, смысл которых в результате этого процесса значительно удалился от изначального замысла их создателей, для того чтобы приспособиться к новым условиям жизни, хорошо показывает, что закон — это социальный феномен.

Данная иллюстрация не лишена искусственности. Вместе с тем мы для себя запомним, что правовая система как по происхождению, так по способу образования и по характеру родства бесспорно обладает общественным характером; право проистекает из недр общества, из его чаяний

\* "Ошибка, присущая всем, становится нормой". {Прим. пер.}.

(1) R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Ed. Sirey, 1931; Nouvelle édition Economica, Paris 1984, Préface G. Burdeau.



и потребностей; право "изготавливается" обществом, не посредственно или посредством специальных органов; цель права — организация общественных отношений. Еще одним хорошим примером отношений между правом и фактами социальной действительности может быть связь эволюции общества и эволюции права. Технический прогресс бесконечно приводил к обновлению взглядов и условий жизни человека. Право должно было всякий раз к ним приспосабливаться и управлять новыми сферами и новыми формами человеческой деятельности, чтобы в одних случаях развивать их или, в других случаях, ограничивать их развитие. Примеры транспортных средств, новых технологий в сфере коммуникаций, примеры из биологии и медицины весьма убедительны. Ответом на развитие авиации стало право, регулирующее использование воздушного пространства; рискам, порожденным механизацией производства, оно противопоставило предметную ответственность и технологию страхования. У информатики (1) право заимствовало ценные разработки для того, чтобы улучшить качество юридической техники как таковой и качество собственных изысканий, по-прежнему используя индивидуальные свободы как знамя в борьбе с опасностями, которые может таить в себе та же информатика. У биологии право заимствовало новые средства приведения доказательств по уголовным делам, например, при установлении родства или административной ответственности. Достижения медицины побудили французское право признать возможность трансплантации органов и принять соответствующие законы, однако идея разрешить операции, связанные с изменением пола, или идея образования ассоциаций "матерей, вынашивающих чужих детей", по крайней мере в настоящий момент, отвергнуты. Необходи-

(1) "Ordre juridique et ordre technologique", sous la direction de D. Bourcier, "Cahiers Science-Technologie-Société" n° 12, Paris, Ed. Du C.N.R.S., 1986.

мо сохранять бдительность перед лицом возможных посягательств наук о жизни на права человека. Юридическая система должна контролировать непредвиденные последствия от внедрения в практику генетических разработок, искусственного оплодотворения, поскольку в противном случае опасности подвергаются существование человека как вида и его достоинство. Возникает вопрос: что следует предпринять? Принимать соответствующие законы? Или положиться на сознательность ученых, на компетентность органов этического контроля, на возможности существующей юридической системы? Сегодня этот вопрос остро стоит во всем мире (1).

Современное западное общество и юридическая эволюция стали свидетелями повышения роли человека, упадка легитимной семьи, разрушения традиционного понимания договора в условиях динамичного развития экономики и социальной сферы, а также обобществления юридических отношений, социальной переориентации права, регулирующего имущественные отношения... В современном праве закреплена возможность возникновения новых концептов и "новых юридических систем, как правило, экономического порядка"; современное право стало свидетелем существенной трансформации функций судебной власти. Переход от системы индивидуальной ориентации к системе, ориентированной на коллективные отношения, и развитие новых институтов, например, предприятия, могут служить великолепной

(1) См. в частности J.L. Baudouin et C. Labrusse-Riou, "Produire l'homme. De quel droit? Étude juridique et éthique des procréations artificielles", P.U.F., Paris, 1987; F. Terré, "L'enfant de l'esclave, Génétique et droit", Ed. Flammarion, Paris, 1987; "Sciences de la vie, de l'Éthique au Droit", Etude du Conseil d'État, "Notes et études documentaires", la Documentation française, 1988; "L'homme, la nature et le droit", textes présentés par B. Edelman et M.A. Hermite, Ed. C Bourgeois, Paris 1988, spec. C. Labrusse-Riou, "Servitude, Servitudes" p. 308. Et s.

иллюстрацией масштаба этих мутаций (1). В то же время данные трансформации являются всего лишь отражением фактов социальной действительности и доказывают, что в содержательном плане право есть феномен социального порядка и что юридическое правило есть правило социальное.

Наоборот, не все социальные правила являются одновременно юридическими правилами. Да, мораль можно считать производной от состояния общества, однако обладая очень субъективным характером, не имея объективной поддержки в виде санкций, она коренным образом отличается от права. Не менее глубоки различия между правом и религией, правом и правилами приличия, нормами морали... Если допустить, что право ориентировано прежде всего на местные особенности и что оно и по природе, и содержательно относится к явлениям социального порядка, возникает вопрос: не является ли реальная действительность (факты реальной действительности) единственным творцом права?

#### **е \*у Родственные отношения**

**155.** Все зависит от нашего понимания содержания права: либо оно "дается" через факты социальной действительности помимо любого вмешательства со стороны человека, либо оно конструируется человеком, то есть, выражаясь терминами, использованными Жени при формулировании проблемы юридической методологии (2), "дается право или конструируется". Согласно социологической школе, которая в XIX в. особенно активно развивалась во Франции одновременно со сциентистским течением,

право основывается прежде всего на явлениях социального порядка, подчиненных действию принципа детерминизма. Согласно этой доктрине право может быть объектом позитивной науки, рассматривающей факты без применения метафизических принципов, поскольку оно не зависит от воли правителей, действия которых определяет социологическая реальность. Вдохновляемая трудами Огюста Конта и приготовленная работами английского философа Герберта Спенсера, сегодня эта теория подпитывается прежде всего положениями Дюркгейма. Заимствуя у физики, естественных наук индуктивный метод анализа, основанный на наблюдении фактов, социологическая школа констатирует феномены и стремится связать их с антецедентами, послужившими их причиной. Убедившись в ходе такого наблюдения фактов в том, что влияние социального окружения на судьбу человека преобладает над всеми остальными факторами, представители социологической школы видят в праве систему средств, при помощи которых группа людей защищается от беспорядков, угрожающих ее сохранению или препятствующих ее развитию. Они допускают, что "смысл юридических правил сводится к тому, чтобы выразить социальные отношения в таком виде, как их представляет себе группа. Отсюда следует, что источник юридического правила заложен не столько в индивидуальной воле автора правила, сколько в потребности, которую правило призвано удовлетворить" (1). Право, согласно Дюркгейму, проистекает из коллективного сознания. Для юристов, таких, как Дюги, источником права является совокупность индивидуальных сознаний. Следуя по стопам представителей социологической школы, Дюги отвергал все метафизические концепции и опирался исключительно на позитивную реальность; в то же время он усматривал в юридическом правиле целую совокупность

(1) E. Bertrand, *L'esprit nouveau des lois civiles*. (Ed. Economica 1984).

(2) См. *выше*, n° 100.

(1) H. Lévy-Brahl, "Droit et Sociologie", *Arch.dephil.du Droit et de soc Juridique*, 1937-3-4, p. 22.

норм, которые он относил к более высокому уровню и которые остаются чуждыми для реальной действительности и для фактов (1). Более широкую трактовку эта концепция получила в трудах Ориу, который объединил метод наблюдения механизмов, действующих в обществе, с юридическими методами разрешения конфликтов, анализ всеобщих целей человечества — с явлениями социального порядка (2). Таким образом, мы становимся свидетелями рождения промежуточного учения, которое, не замыкаясь на себе самом, использует социологию в качестве средства разработки, реализации и объяснения права.

156. На самом деле, как представляется, одного социологического материала недостаточно для того, чтобы дать определение юридического правила, нормы принудительного порядка, которая вменяется как обязательная и не ограничивается простым отражением фактов социальной действительности и для которой характерна точность, а не размытость в отличие от названных фактов. Кроме того, позитивизм базируется на своего рода фатализме: при определении целей, которым служат правила, он ориентируется на социальное движение, взрастившее исследуемую правовую систему. Соответственно, позитивизм не обеспечивает удовлетворительного понимания жизненных процессов и управления ими. В таком смысле данная доктрина выглядит опасной. Она готова оправдать любые проявления потворства нарушениям закона, любые отклонения от нормы, в то время как право, функция которого сводится к упорядочению, соединяет данные реальности с наблюдениями психологического, морального, религиозного, экономического, политического порядка и конструирует на

(1) L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris 1901, pp. 15-19, 20, 80-137.

(2) M. Hauriou, "La Science sociale traditionnelle" Paris 1896; *Philosophie du Droit et Science Sociale*, R.D.P. 1899, 2<sup>e</sup> T. 12, pp. 462-476 p.ex.

такой основе желаемые социальные отношения. То есть право дополняет данные реальной жизни необходимой долей идеализма. По словам Дюги, "осознание совокупностью индивидов, входящих в состав некоторой группы того, что такое-то правило... имеет решающее значение для поддержания социальной сплоченности, осознание того, что нарушение данного правила должно наказываться, что это наказание справедливо" — это два главных элемента образования и преобразования юридического правила. Поэтому для труда юриста характерна двойственность. Он включает "работу собственно научную", куда не прокрадывается никакая философия, ни метафизика, смысл которой состоит в том, чтобы "вскрывать за фактами социальной действительности юридическое правило". Этот труд предполагает также "техническую работу, включая подготовку правила... созидательного типа, способного определить сферу применения нормы и гарантировать ее реализацию" (1). Конечно, мы должны пойти дальше и признать, что облечение социальной данности в нормативную форму не единственная функция права. Замыкаясь на этой функции, мы упускаем из виду автономность человеческого сознания и существование фонда моральных и экономических истин, связанных с идеями справедливости, добра, пользы... и руководящих отдельными отраслями права. Мы должны согласиться с тем, что доля созданного человеком в сфере позитивного права огромна. Источники права, способы его выражения, большая часть его содержания "сконструированы" (2). В то же время все ученые признают, что в основе такой конструкции лежит "данность", "развернутая и облеченная в четкую форму в процессе создания конструкции, но по-прежнему ее питающая"; под "данностью" понимается преды-

(1) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, (3<sup>e</sup> éd.) T. I 811 et 15

(2) J. Dabin, *Théorie générale du Droit*, n° 145.

душая юридическая реальность, которую одни видят в позитивной составляющей права, а другие в правовой метафизике, в "естественном праве".

Итак, хотя социологический метод не может обеспечить сам себя определением и правовой методологией, он обладает одним существенным достоинством — выявляет в процессе научного рассмотрения фактов социальной действительности реалии жизни, которые право должно интерпретировать, потребности, которые оно должно удовлетворить, духовные течения, с которыми оно должно согласиться или которым должно противостоять. Поэтому социология если и не может быть названа матерью-кормилицей права, то в любом случае играет роль одного из главных элементов в процессе разработки юридического правила, его эволюции, оценки, толкования.

Предметом юридической социологии является анализ юридических фактов, которые понимаются как факты социальной действительности, поэтому юридическая социология содействует разработке, применению и преобразованию позитивного права.

# 1

## Раздел

## ЮРИДИЧЕСКАЯ СОЦИОЛОГИЯ

Мы ставим перед собой задачу искать не то, что юрист может дать социологу, а то, что социолог может дать юристу. Последнему необходимо знать, какие он должен полагать правила, "как с точки зрения преследуемой цели, так и с точки зрения эффективности средств, подходящих для достижения этой цели". Таким образом, социология может указывать юристам направление их исследований: в процессе анализа существующих общественных структур она помогает им выявить те из структур, которые нуждаются в нормализации посредством юридических правил; кроме того, она помогает юристам предугадать возможную реакцию общества на будущие предписания, учитывая, в частности, императивный или вспомогательный характер последних (1).

Констатируя тот факт, что право длительное время держалось в стороне от прочих общественных наук, Леви-Брюль призывал исследовать юридические факты как таковые, не обращая внимания на практический аспект, следуя чисто научному методу, причем научному не только с технической точки зрения. Предметом такой науки о праве, которую Леви-Брюль называл "юристикой", должны были стать "институты", их различные аспекты, способы их существования внутри различных социальных групп, но, как правило, не в рамках отдельного национального права; при этом метод исследований должен быть одновременно юридическим, историческим, сравнительным и социологическим (2). Действи-

(1) F. GénY, *Science et technique du Droit privé*, T.I, n° 32; R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, T.I, n° 108 et s.

(2) H. Levy-Bruhl, *Aspects sociologiques du Droit*, pp. 33 et s.

тельно, мы должны проводить различие между юридической социологией и тем, что принято называть "догматическим правом". Последнее подходит к юридическим правилам как таковым, рассматривая их в аспекте их генезиса и применения, в качестве нормативных фактов обязательного и принудительного характера. Юридическая социология изучает социальные причины, порождающие эти правила, и социальные последствия, которые, не прибегая к авторитету норм, эти правила порождают. Юридическая социология оказывается той отраслью общей социологии, которую интересуют юридические феномены в широком смысле этого слова, то есть "все явления социального порядка, включающие правовой элемент, даже если этот элемент присутствует в них не в чистом состоянии, а в качестве примеси". Предмет юридической социологии охватывает одновременно "первичные юридические феномены", феномены, которые отождествляются с правом и участвуют в создании права (закон, приговор...), и "вторичные", или "производные", феномены, такие, как семья, собственность, договор, обязательство... (1). Юридическая социология отличается также и от философии права: она ограничивается внешней стороной фактов, не обращаясь к их трансцендентности; она использует эмпирические методы, принцип "наблюдения в срезе" или эксперимент. Таким образом, юридическая социология осуществляет "эволюционные исследования", преследуя целью вскрыть тенденции, определяющие и направляющие преобразования юридической составляющей жизни общества. Она осуществляет также "структурные исследования", которые рассматривают правило в отношении реальности, которая (сначала) это правило порождает и (затем) подвергается его влиянию и которая определяет характер связей между различными явлениями юридического порядка (договор,

(1) J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, (Ed. Presses Universitaires de France, 1978), pp. 17 et s.

брак, развод, наследование, судебный процесс... ) или связей, свойственных отдельному явлению. То есть юридическая социология выполняет описательную и нормативную, теоретическую и практическую функции. Поэтому мы должны уточнить предмет этой науки (§1) и рассмотреть ее методы (§2).

## §1 Предмет

### юридической социологии

158. В зависимости от конкретной научной школы юридическая социология может преследовать разные цели; для того, чтобы вкратце представить спектр направлений юридической социологии, мы будем опираться здесь на положения работы г-на Карбонье, написанной как раз в духе юридической социологии.

Дюркгейм, усматривая связь между социологией и правом, концентрировал внимание на различных темах: институты, правила, системы, эволюция уголовного права. Его ученики исследовали генезис и эволюцию права в разрезе изучения примитивных обществ и в историческом разрезе. *Анализ феномена преступности* дал жизнь большому количеству социологических исследований, от итальянской школы с наиболее яркими ее представителями Ферри и особенно Ломброзо, которые искали корни преступности в природе человека (здесь криминалистика объединилась с антропологией), до французской школы с Тарде, который большее внимание уделял психологическому аспекту преступлений. Работы названных авторов легли в основу современной криминологии. Часто высказывается мнение, что подлинным основателем социологии права является австрийский юрист Э. Эрлих, хотя ряд специалистов не решается награждать его таким титулом, полагая, что в его трудах заложен всего лишь метод интерпретации позитивного права, "подход в духе живого права".

Идея "юридического плюрализма", согласно которой многочисленные юридические системы, независимые и конкурирующие, могут сосуществовать в один и тот же момент в одном и том же социальном пространстве, разрабатывалась во Франции Гурвичем, который усматривал в современных обществах бесчисленное количество центров, генерирующих право и отличных от государства: международные организации, профсоюзы, кооперативы, предприятия... Во Франции представители сравнительно-исторического метода в сфере права, возглавляемые Леви-Брюлем, специалисты по экономическим разделам права, юристы, специализирующиеся на государственном праве, например, Дюги и Ориу, или специалисты по частному праву сначала очень осторожно и невнятно, а в настоящее время все чаще и все четче, особенно это характерно для М. Карбонье, обращаются к данным юридической социологии или, по крайней мере, подходят к праву в эволюционистской перспективе. В Германии Макс Вебер и Теодор Гейгер оставили после себя значительные труды по общей социологии. Вебер (1) обогатил данными общей социологии свою доктрину юридической социологии, в рамках которой предпринял попытку открыть природу юридического феномена, увидеть его отличие от обычаев или морали. Согласно Веберу, юридические нормы отмечены присутствием специального юридического персонала (шериф, судья, юрист...), задача которого состоит в том, чтобы гарантировать соблюдение норм и наказывать за их нарушение. Известен так называемый "закон Вебера", согласно которому "прогресс права осуществляется в направлении рационализации, то есть постоянной специализации и бюрократизации". Гейгер квалифицировал свою теорию как теорию "реализма на почве права": отвергая с порога идеи, происходящие от "догматического права", и опираясь на факты, почерпнутые из этнологии, истории, существующей

(1) J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, *op.cit.*, pp. 157 et s.

юридической практики; свои заключения он выразил в формулах алгебраического типа. Американская школа "*sociological jurisprudence*", толчок для развития которой дал Роско Паунд, представила социологическую теорию права в двойном аспекте — теоретическом и практическом. В научном плане для этой теории характерно постоянное стремление увязать право с другими социальными явлениями прежде всего путем включения права в состав более общей социальной категории "социального контроля"; данная категория охватывает комплекс самых разнообразных средств (воспитание, искусство, правила приличия, этика...), при помощи которых общество обеспечивает свою целостность, а право выступает главным инструментом реализации этой категории. В практическом плане, отталкиваясь от идеи, согласно которой эволюция права имеет в своей основе не столько логические соображения, сколько опыт, эта теория ратует за использование в судебной практике при разработке решений дедуктивных приемов анализа вместо индуктивных; при этом судья в каждом конкретном случае прежде всего должен исследовать вопрос о том, к каким последствиям приведет его решение — что дает ему большую свободу в плане толкования законов и в плане правотворчества. Наконец большое число теорий юридической социологии основывается на *психологических подходах*, в частности на американских теориях социальной психологии.

В конечном итоге в результате глобального анализа юридической социологии, оставив в стороне все различия, характерные для существующих теорий, мы видим ее дуализм: с одной стороны, *теоретическая социология* опирается на рефлексию по поводу различных книг и документов; с другой стороны, *эмпирическая социология* следует путем расследований непосредственно на местности. Однако, как представляется, существующая стратегия предполагает переход от *спекулятивной юридической социологии* к *социологии практической*. Это дает юридической социоло-

гии во всех вопросах выход на *практический сектор*, особенно в таких сферах, как семья, источники права и, в настоящее время, познание закона, формирование в обществе нужного образа системы правосудия, процесс и его сроки... Однако юридическая социология сохраняет и *теоретический сектор*. Таким образом, полезность (Б) направления юридической социологии (А) становится очевидной.

## А • Направление юридической социологии

159. Возвращаясь к картине, представленной в труде г-на Карбонье (1), мы можем сказать, что юридическая социология рассматривает "явления юридического порядка" и "юридическую систему".

В социологии *"юридический феномен"* соответствует тому, что называется "правом" в догматическом праве. Однако понятие юридического феномена здесь утратило четкость, рассеялось, пройдя через сито различных классификаций. Так, ученые различают "первичные юридические феномены", то есть те, от которых образуются все остальные, и, нисходя от общего к частному, "вторичные юридические феномены", то есть все производные от первичных. Первичные феномены — это феномены авторитета, власти (текст закона или объявление приговора суда), в то время как вторичные феномены представляют собой лишь содержание или вариант применения первичных, договор или частный договор. Такое различие помогает рассматривать содержание юридической социологии отдельно от общей социологии. Кроме того, "феноменам власти", возникающим при взгляде с позиции правящих, принято противопоставлять "феномены подчинения власти", характерные для взгляда с позиции тех, кем правят, субъектов права; здесь имеются в виду такие явления, как субъективное право, феномены подчинения или неподчинения, сложившийся в сознании индивидов

образ права. Такое противопоставление открывает путь многочисленным исследованиям по вопросу о "процессе юридизации" человека, живущего в обществе, о направлениях этого процесса (семья, школа...), о зависимости его темпов от возраста, пола, социальных слоев... Еще принято различать "феномены-институты", которые представляют собой композиции из правил, моделей, таких, например, как брак, и "феномены-случаи", которые являются частными случаями применения феноменов-институтов, например, конкретный брак. Эти феномены могут быть "индивидуальными феноменами", если их рассматривать в аспекте индивидуальных особенностей, или могут быть объединены в "коллективные феномены" (традиции брака, характерные для определенной страны), когда во внимание принимаются только общие черты. При изучении "феноменов-институтов" используется "сравнительно-исторический метод", коллективные феномены изучаются в количественном аспекте, путем статистического анализа и опросов, индивидуальные феномены — путем анализа конкретных случаев. Следует также выделить дискуссионные феномены и недискуссионные феномены. Однако нельзя забывать о том, что, несмотря на социальный характер каждого юридического феномена, не все социальные феномены являются одновременно юридическими феноменами. Следовательно, мы должны, характеризуя юридические правила, сравнивать их с прочими правилами поведения, то есть вскрывать *критерии юридичности*. Различение "юридического" и "социального неюридического" всегда давало пищу для рефлексии юристов, философов, социологов... Природные критерии, извлеченные из предмета или из содержания правила, не отражают их специфики: "не убий" — это одновременно моральное правило, религиозная заповедь и юридическое правило. Следовательно, критерий юридического правила необходимо искать вне его, на последующем этапе общего юридического процесса. Согласно различным теориям искомый критерий обнаруживается в "принуждении", силой которого применяется прави-

(1) J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, op. cit., pp. 157 et s.

ло, или, наоборот, в "постановке правила под сомнение", в результате чего правило может быть переведено в разряд контролируемых со стороны какого-либо органа (судьи, например).

Юридическая социология связана также с *"юридической системой"*. В таком случае она изучает "право целого общества", как правило, право отдельного государства, то есть совокупность юридических феноменов, "которые находятся в пределах одного и того же пространства, на одном и том же этапе развития общества" и которые "связаны друг с другом солидаристскими отношениями, образующими систему". Такая трактовка проблемы передает понимание того, что любая правовая система есть комплекс, конститутивные элементы которого не случайно оказались собранными вместе, но связаны друг с другом отношениями, характерными чертами которых являются абсолютность и взаимозависимость, так что данный комплекс отличается от составляющих его компонентов, и он более долговечен. Границы сферы влияния юридической системы проходят в большей мере в плоскости-пространстве человеческом, чем географическом (кочевники не имеют территории, но могут иметь юридическую систему); выражением этого пространства являются объединения людей. Большое число юридических систем надгосударственного, государственного и внутригосударственного уровня могут сосуществовать и соперничать в этом пространстве. Наконец, юридические системы имеют временное измерение, в плоскость которого они так успешно трансформируются, что нам следует изучить направление и модальности их эволюции, а также связи этой эволюции с другими социальными изменениями. Кроме того, каждая юридическая система способствует процессу образования какой-то культуры, процессу формирования нации, вызывает к жизни другие феномены психолого-социологического порядка; в юридической системе заложены слабые стороны такой культуры, ее адаптивные свойства; юридическая система испытывает агрессию извне (например, во время вой-

ны). В связи с этим нам следует изучить способность юридической системы к сопротивлению, способность, которая позволяет ей выжить в процессе трансформаций или не может противостоять натиску извне, и тогда юридическая система умирает, как умерли галльские обычаи, не оставив никаких следов во французском праве.

## **Б • Польза юридической социологии**

**160.** Полезность юридической социологии заключена в двойственности ее функции — научной и практической одновременно (1).

*Научная функция*, которой соответствует "чистая" юридическая социология, состоит в том, чтобы достигать уровня реальности; эта реальность дается юристу иногда в виде интуиции, но он нуждается в точном ее знании, в знании ее параметров и состава, который может быть неоднородным. Недостаточно ощутить упадок института брака, на смену которому в современном обществе приходит свободный союз. Необходимо оценить его на примере фактов, путем их качественного и количественного анализа, что иногда приводит к разоблачению искусственно раздутых масштабов явления. Необходимо определить, какие категории лиц подвержены этому явлению, какие социальные слои, какие возрастные группы, какие типы индивидов (холостяки, разведенные, вдовцы). Необходимо установить степень устойчивости связи в случаях сожительства... Иными словами, необходимо постигнуть глубинный уровень реальности, скрытый за проявлениями, которые лежат на поверхности. Таким образом, юридическая социология обеспечивает не только познание феноменов, но и их толкование. В то же время, что касается "феноменов-институтов", именно сравнительный анализ их генезиса в условиях различных юридических систем позволяет выя-

(1) J. Carbonnier, *op.précité*, pp. 335 et s.



вить законы их эволюции. Что касается "феноменов-случаев", их анализ возможен путем их объединения в рамках одной системы, при использовании общих и объективных критериев отбора. Только тогда становится возможным оценить "детерминистскую" и "волюнтаристскую" составляющие факторов эволюции или реформы права и получить в результате такого анализа подлинные "научные законы", действующие в социологии права.

*Практическая функция* социологии права, как представляется, концентрируется вокруг юридического решения: провозглашение воли договаривающихся сторон, приговор, закон — все это примеры юридических решений. Социология права может обогатиться опытом профессионалов, специалистов в принятии конкретных решений, и, наоборот, она может взаимодействовать с математикой, информатикой и психологией, когда возникает необходимость, предварительно проанализировав многочисленные элементы соответствующих ситуаций, сориентироваться в выборе принципов принятия решений. В таком случае социология становится одним из факторов, определяющих логику выбора, от которой зависят решения. Она может содействовать составлению договора (выбор участников и содержания соглашения) и его функционированию. Она может также оказаться полезной в процессе принятия решений судьей, причем не только в сфере родительских прав или в вопросах, касающихся организации и функционирования системы воспитания, где социологическая экспертиза могла бы улучшить качество собираемой информации, но также и при приведении доказательств о соблюдении профессиональных правил в сфере коммерческого права или в сфере трудового права и, наконец, для определения круга главных понятий позитивного права, например, понятия "правил приличия".

Можно также рассуждать — но с большей осторожностью из-за опасности искажений в угоду политичес-

кой конъюнктуре — о пользе, которую может принести социология в толковании законов судебными органами. Наконец, социологический анализ судебной практики позволяет измерить степень реальной важности тех или иных институтов для разрешения судебных споров и, следовательно, понять их практическую важность в данном аспекте. Однако наиболее очевидна практическая полезность юридической социологии для *законодательной работы*. Юридическая социология может прежде всего послужить вспомогательным средством для законодателя, когда последний готовит почву для принятия закона путем соответствующей обработки общественного мнения, либо подготавливая общественное мнение к реформе, либо обеспечивая лучшее освещение проводимой реформы. В данном случае речь идет о психосоциологии, безусловно, полезной, но в некоторых случаях излишне сближающейся с пропагандой. Наибольшее значение юридическая социология имеет для работы по подготовке законов, когда необходимо либо побудить законодателя к конкретным действиям, либо просто скорректировать свой выбор. Несмотря на то, что именно в Соединенных Штатах к 1950 г. (1) заметно возрос интерес к использованию юридической социологии, по всей видимости, первым случаем использования социологических методов при принятии законов следует считать французский закон от 14 декабря 1964 г. об опеке несовершеннолетних и реформу режима имущественных отношений между супругами, оформленную соответствующими положениями 13 декабря 1965 г. Социологический метод, основанный на опросах, сегодня, прежде всего благодаря инициативе со стороны министерства юстиции, можно считать методом, получившим общее признание.

(1) Доклад Кинсея о сексуальном поведении американцев

## §2 Методы

### юридической социологии

**161.** Методы юридической социологии, восходящие к методам общей социологии, различны. Они могут опираться как на наблюдение общего плана или отдельных случаев, так и на эксперимент. Здесь не может быть и речи об отставании. В то же время, независимо от используемого метода, всякое социологическое исследование предполагает точную формулировку своих целей, описание материалов, определение критериев применения... Такое исследование включает, как правило, прежде всего *качественный анализ*, то есть составление списка всех значимых признаков, всех документов или анализируемых фактов, независимо от их качества, даже если они отклоняются от нормы. Чаще всего такое исследование предполагает использование *количественного анализа*, позволяющего измерить параметры явлений, фактов или документов и составить "статистические сводки". Таким образом полученные данные должны наконец быть использованы. В юридической социологии, где реальность явлений допускает определенную обобщенность, количественный анализ преобладает, поскольку именно повторение констатации позволяет, путем индуктивного умозаключения, сделать общий вывод. В то же время все социологические методы требуют от исследователя *объективности*; он должен абстрагироваться от своего собственного опыта и описывать социальные факты как вещи, согласно учению Дюркгейма. Все социологические методы отдают предпочтение *материальному аспекту* фактов, а не вызываемому ими чувству. Все социологические методы требуют полной *беспристрастности* исследователя, свободного от всяких предубеждений — технических, моральных, философских, политических, религиозных и пр.

Методы юридической социологии варьируются также в зависимости от используемых источников. В этом смысле принято различать исследование с опорой на документы и исследование с опорой на факты (1). Исследование с привлечением юридических документов, в частности, исследование, включающее анализ судебной практики или формулировок из юридических актов, или исследование с привлечением неюридических документов, например, исследование, включающее анализ прессы, все больше и больше ассоциируется с количественным анализом и современными технологиями, такими, как информатика. Что касается исследования фактов, оно должно осуществляться "на местности" и основывается в разных случаях либо на монографическом опросе, либо на опросе путем зондирования. Последний имеет ценность только в отношении адекватного определения своего предмета (опрос на предмет знаний или опрос мнений), в отношении качества вопросов, способов проведения опроса (письменный опрос или интервьюирование).

Остается добавить, что несмотря на научный характер своего метода, юридическая социология не может дать праву весь необходимый материал и не может привести к окончательным законодательным решениям. Однако, при всей трудности перехода от социологического наблюдения к нормативному заключению, использование правом социологического метода стало насущной необходимостью.

#### • Иллюстрация

Один пример того, как социологическое исследование помогло законодательной реформе, а судебная социология — анализу применения закона

##### - Развод во Франции

Тенденция к учащению разводов стала предметом разнообразных исследований, организованных социологами и демографами на основании актов гражданского состояния и

(1) J. Carbonnier, *op. précité*, pp. 248 et s.

судебной статистики (см. Ministère de la Justice "Le divorce en France" Année 1970, Sociologie juridique, Recherches et statistiques). Реформа правил расторжения брака, проводившаяся во Франции через закон п° 75-617 от 11 июля 1975 г., была подготовлена в том числе масштабными социологическими исследованиями, в организации которых принимали участие также Национальный институт демографических исследований и лаборатория юридической социологии при Парижском юридическом институте. Данное исследование включало в себя два опроса методом зондирования: один опрос, охвативший 900 разведенных лиц, имел целью составить картину развода, каким он видится изнутри сторонами бракоразводного процесса. Другой опрос, хотя и проводился на государственном уровне и охватил 2.140 лиц, имел целью выяснить мнение французов относительно проблемы развода ("Le divorce et les Français P.U.F. 1974 et 1975- 2 vol.; J. Carbonnier, "La question du divorce D. 1975 I 115). Данные исследования были продолжены после принятия закона 1975 г.

I — Данные исследований показывают постоянный рост общего числа разводов во Франции:

Год	Общее число разводов	Год	Общее число разводов
1884	1.657	1972	45.900
1910	14.261	1973	50.975
1938	23.377	1975	62.332
1960	30.182	1980	91.805
1966	36.732	1984	108.010

Данные этих исследований показали очень низкое число официально объявленных разделов имущества и сохранение этого показателя на практически одном уровне:

1973 : 4.136    1980 : 4.088    1984 : 4.005

Процент разводов по отношению к бракам не переставал расти:

Год	Число разводов на 100 браков
1900.....	менее 6%
1940.....	9%
1970.....	12%
1979.....	24,2%
1984.....	29,1%

Средняя продолжительность совместной жизни супружеских пар на момент развода составляла 12 лет в 1975 г. Более половины супружеских пар прожило в браке менее 10 лет, и чуть больше четверти супружеских пар — менее 5 лет:

Продолжительность брака в %

от 0 до 2 лет:.....	6%
от 2 до 5 лет:.....	20,3%
от 5 до 10 лет:.....	28%
от 10 до 15 лет:.....	17,1%
от 15 до 20 лет:.....	11,9%
20 лет и более:.....	16,7%

58% супружеских пар на момент развода либо не имели детей, либо имели одного ребенка. 32% ждали ребенка до момента бракосочетания.

Причины разводов, указанные в судебных решениях:

Жестокость, угрозы и оскорбления супруга: ....	37,4%
Нарушение супружеской верности :.....	28,5%
Уход из семьи:.....	22,8%

Только 1 % попыток примирения закончился успехом.

II — *Что касается мнения французов относительно развода, опросы, проведенные в ходе подготовки реформы 1975 г., показали:*

48% голосов, составляющих общественное мнение, относилось благосклонно к либерализации развода, и 20 % опрошенных лиц, несмотря на свою приверженность принципу нерушимости брачных уз, допускало развод в конкретных ситуациях. Только 32% опрошенных лиц поддерживало идею о сохранении прежних правил.

*В случаях открытия развода:*

- 89% ответов было благосклонно к разводу в случае взаимного согласия сторон.
- 90% ответов было благосклонно к разводу на условии переноса сроков фактического расторжения брака.

*Параллельно этому были выявлены очень противоречивые тенденции:*

- 85% опрошенных лиц полагало, что следует улучшить попытку примирения, но не ликвидировать ее.
- 83% опрошенных лиц считало, что в случае развода родителей по обоюдной вине не достигших десятилетнего возраста детей следует оставлять матери.

III — *Применение закона от 11 июля 1975 г.:*

Согласно "письму государственной канцелярии" от 1 июня 1979 г. в 1978 г.:

- Заявления о разводе по взаимному согласию составляли 38% от общего числа заявлений.
- Заявления о разводе, мотивированные изменой одного из супругов, составляли 60% от общего числа заявлений.
- Заявления о разводе, мотивированные прекращением совместной жизни, составляли 2% от общего числа заявлений.

В то же время начиная с 1976 г. наметился четкий рост числа разводов по взаимному согласию и наблюдалось соответствующее уменьшение числа разводов, мотивированных изменой или прекращением совместной жизни.

162

Независимо от ценности идейного содержания, полезности источников и соответствия окружающей обстановке смысл существования любой

юридической системы измеряется ее "эффективностью". Нельзя ограничиться утверждением правил от имени компетентного органа. Для того чтобы стать частью действительности, право нуждается в эффективном применении, хотя бывают случаи, когда даже не используемые на практике тексты законов сохраняют свою полезность. Исследования в духе юридической социологии дали возможность увидеть все нюансы эффективности или неэффективности юридического правила. Было бы крайне несправедливо утверждать, что неэффективность текста закона равнозначна отсутствию текста. В то же время можно заметить, что право способно выполнить свою главную функцию только тогда, когда оно эффективно внедряется в практику. *Применение* права (часть II) предполагает наличие определенных *инструментов* (часть I).

**163** Процесс внедрения права требует использования определенных понятий, ясного и четкого языка. Юрист всегда прибегает к таким операциям, как определение степени пригодности (квалификация), ассимиляция или определение различий (разделение полномочий). В ходе рассуждений юрист должен либо спускаться от общего к частному, либо от частного восходить к общему. Конкретная ситуация или специальное правило всегда связаны с более широким кругом ситуаций и правил, у которых они заимствуют характерные черты и следствия. Сталкиваясь в ходе анализа с явлением постоянного взаимодействия между реалиями юридической практики и юридической системой, юристы используют несколько основных многоцелевых инструментов, позволяющих сгруппировать правила и понятия вокруг ограниченного числа общих элементов. Кроме того юристы нуждаются в специальном языке. Следовательно, мы должны последовательно рассмотреть *юридические институты* (глава 1), *понятия и категории* (глава 2) и *юридический язык* (глава 3).

## Глава 1

### ЮРИДИЧЕСКИЕ ИНСТИТУТЫ

164. Юридические институты — это "комплексы юридических правил, организованные вокруг одной центральной идеи и образующие единое целое, упорядоченное в систему и перманентное" (1). Термином "институт" обозначаются такие неодинаковые объекты, лица и вещи, как государство, ассоциации, общества, профессиональные союзы, семья, брак, собственность, а также такие технические процедуры, как представление, судебное производство, обжалование... Именно поэтому один из исследователей сказал, что "институт" слово "полезное, поскольку оно расплывчато" (2). Несмотря на все предпринятые в XX в. попытки изучения этого понятия (3), оно остается недостаточно ясным, хотя его критерии и характерные черты сегодня хорошо известны. Как только речь заходит о том, чтобы лучше увидеть скрывающиеся за этим понятием реалии, возникают существенные разногласия.

Некоторые ученые пытались опровергнуть самую идею института, свести ее к проявлению "юридического роман-

(1) J. Brethe de la Cressaye, Rep. Civ. Dalloz cm. Institution n° 2.

(2) R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, n° 95.

(3) СМ. М. Hauriou, "L'institution et le droit statutaire", *Recueil de l'académie de législation de Toulouse*, 1906; "La théorie de l'institution et de la fondation, essai de vitalisme social", *Cahiers de la nouvelle journée*, IV, 1925; "Principes de droit public" (1910); G. Renard, "La théorie de l'institution, essai d'onthologie juridique" (1930); "La philosophie de l'institution" (1939); A. Desqueyrat, "L'institution, le droit objectif et la technique positive", Thèse Paris 1933; J. Delos, "La théorie de l'institution", *Archives de philo, du droit et de sociologie juridique* (1931).

тизма" (1). Тем не менее обращение к теории "институтов" делает возможным "рациональное обобщение правил с одновременным исправлением ошибок, допущенных в процессе поверхностного или излишне радикального разделения права на отрасли" (2). Итак, именно для того, чтобы сделать очевидной необходимость логической связности юридической системы, мы должны попытаться выявить ее структуры и, дав определение уникального понятия (Раздел 1), показать реальное многообразие форм институтов (Раздел 2).

(1) J. Bonnecase, "La science du droit civil", *Rev. Gen. de Droit* 1931, p. 175; "Une nouvelle mystique", *Rev. Gen. de droit* 1933, p. 241.

(2) J. Dabin, *Théorie générale du Droit* (1969), n° 89.

# 1

## УНИКАЛЬНОЕ ПОНЯТИЕ ИНСТИТУТА

### Раздел

165 Двойственность понятия "институт", видимо, связана с различным его восприятием у историков, социологов и юристов. Историк видит свою задачу в описании феноменов социальной жизни в том виде, в каком они проявлялись и раскрывались на предыдущих этапах развития общества, восходя одновременно к праву и к обычаям: историки изучают общественные классы, семью, государство, церковь, экономику... как формы выражения какой-то эпохи и эволюции какой-то цивилизации. Социологи наблюдают факты общественной жизни людей в совокупности их внешних и внутренних связей. В праве они видят общественный институт, а под институтами они понимают объединения людей, организованные согласно правилам, порождаемым этими объединениями и предъявляемым членам таких объединений средствами власти. Для юриста институты — это не общественные образования, но "совокупности правил", организованные вокруг одной главной идеи, например, организация семьи, собственности, государства (1)... Эти институты необходимы для координации юридических правил и для преемственности юридической системы (§1). Они соответствуют понятию с достаточно четкой формулировкой (§2), отвечающему их специфике (§3).

### §1 Полезность юридических институтов

166. Юридические правила — это не нормы, оторванные и не зависящие друг от друга. Они взаимодействуют

(1) J. Brethe de la Gressaye, *op.cit.*, n° 2.

друг с другом в определенном порядке, группируются, образуют свою иерархию.

Юридическая организация такого социального феномена, как государство, семья, передается посредством соответствующего статуса, в котором закрепляются условия его существования, состав, функционирование. Режим собственности определяет ее содержание и пределы, способы ее получения, использования, передачи, соответствующие санкции. Таким образом, юридические правила должны быть сгруппированы в организованные комплексы, образующие юридический порядок с особым типом общественных отношений, одной руководящей идеей и общей духовной основой. Понятие юридических институтов как раз и соответствует таким органичным и системным комплексам юридических правил, которые, преследуя одну общую цель, управляют перманентным и абстрактным выражением общественной жизни. Между таким образом устроенными правилами существуют логические и материальные связи, они образуют "иерархию, ключ к пониманию которой следует искать в конечной цели института и в степени близости средства и цели, причем средство, более удаленное от цели, подчиняется средству, более близкому к цели, и так далее" (1). Институты — это подлинные юридические образования, Иеринг по этому поводу писал: "...правила находят для себя в общей цели точку соприкосновения: они окружают ее, как мускулы окружают кости. Связь, взятая из жизни и переданная в юридической форме, может вступать, в свою очередь, в отношения зависимости с другой связью, с которой она контактирует... Таким образом, различные отношения, существующие в жизни, которые... могут быть предметом специального анализа, объединяются вокруг нескольких главных системообразующих единиц: юридических институтов, которые... представляют костяк правовой системы, к которому крепится весь ее ма-

(1) J. Dabin, *op.cit.*, n° 87.

териал, составленный из юридических правил" (1). Между юридическими институтами существует действенная взаимосвязь. Благодаря этому, например, обязанность платить алименты и брак объединяются, для того чтобы образовать вместе с другими институтами более широкий по объему юридический институт, семью. На следующем уровне все юридические институты соединяются друг с другом и образуют комплекс под названием юридический порядок (или юридическая система) (2). Имеются все основания к тому, чтобы и само право рассматривать как институт. "Термин юридический институт, понимаемый как *singularia tantum*\*, должен был бы обозначать правовую систему в целом, то есть, теоретически, сумму и синтез частных юридических институтов, образующих правовую систему" какой-то страны (3).

167. Теперь мы видим, в чем заключена полезность понятия юридического института. Оно позволяет объединить вокруг одного общего интереса и одной духовной основы правила, рассеянные по различным разделам законов и кодексов, но дополняющие друг друга в части конечной цели и питающей их идеи. Использование теории институтов позволяет провести учет всех разрозненных элементов одного и того же юридического феномена. Так, оказываются собранными вместе административные, налоговые правила, правила общественной жизни, правила ведения торговли или правила заключения брака; в этих правилах присутствуют все аспекты лица, все имущественные аспекты; эти правила, объединяясь, формируют обязанности и соответствующие гражданские или уголовные санкции... Только понятие юридического института помогает собрать в единый комплекс многочисленные грани одного

\* Слова, имеющие только единственное число

(1) Ihering, "L'esprit du droit romain". Trad. De Moelenaere, I, pp. 36 et s., cité par P. Roubier, "Théorie générale du Droit" (1951), n° 3.

(2) J. Carbonnier, "Droit Civil", *Introduction, les personnes*, n° 1.

(3) J- Dabin, *op.cit.*, rf 85.

и того же социального явления и соответственно лучше его понять. Появляется возможность объединить общие аспекты различных явлений. Идея владения, например, затрагивает не только вещи, но и права, территории, статус лиц, гражданство...; идея конституции затрагивает не только государство; ее интересуют все общественные или частные, внутригосударственные или международные объединения... В глобальной перспективе обращение к теории институтов позволяет за внешним разделением права на отрасли увидеть основные векторы позитивного права. Теория институтов высвечивает точные границы распространения и влияния юридических правил. Эти правила не произвольны по своему происхождению, а их глубинное содержание связано с конечными целями, которые служат идейной основой институтов. Общая идея заключается в том, что права и частные интересы подчинены конечным целям, удовлетворить которые и призван конкретный институт (1). Так становится понятным ответ на вопрос "почему?", смысл существования позитивного права и, за его буквой, дух законов (2). Таким образом, теория институтов дает направляющий ориентир для толкования закона... Однако юридические институты не только позволяют открыть перманентный или эволюционирующий характер фундамента, они указывают законодателю основные направления, которым он должен следовать в процессе строительства целостной правовой системы. То есть юридические институты обеспечивают гармоничный характер строящейся правовой системы.

168. Бывают случаи, когда систематизация правил в рамках юридических институтов затруднена из-за несовершенств позитивного права, которые компрометируют возможность использования правил для понимания, толкования, примене-

ния или совершенствования правовой системы. Может оказаться, что какие-то институты содержат пустоты или внутренние противоречия, что тексты законов, применяемых в определенных ситуациях, лишают их природного единства или скрывают их силовые линии. Часто это объясняется неупорядоченной эволюцией, скапливанием случаев нарушения принципов, чисто идеологическими инициативами, не учитывающими характер юридического окружения. Французское право, регулирующее аренду недвижимости, право, определяющее административную ответственность или статус наемных рабочих, сегодня утратили часть своей цельности в результате многочисленных правок, которым они подвергались и продолжают подвергаться.

Для того чтобы понять содержание институтов, необходимо дать более точное описание этого понятия.

## §2 Определение юридических институтов

169. Институт определяется как "комплекс юридических правил, который охватывает ряд отношений социального плана, служащих одним и тем же целям" (1). Это юридическая система, соответствующая части общественного устройства, отвечающая конкретным целям и идущая по собственному пути развития. Данная формулировка возникла в качестве реакции на неоправданно расширенное толкование понятия института и роли договора (как формы, свойственной для различных отраслей права), представленное в теории, которая доминировала в XIX в. Понятие института, получившее признание у таких социологов, как Гурвич, и у юристов, специалистов по государственному праву, прежде всего у Мичоуда, Йоже, Дюги или Ориу, или у юристов, специализирующихся на частном праве, как Салей и Б. Деллагрессэй, часто отождествлялось с ле-

(1) *Traité élémentaire de droit civil* de Planiol, Ripert et Boulanger (1942) n°315.

(2) См. ниже, n° 228 et s.

(1) J. Carbonnier, *ibidem*.



гальным и регламентарным статусом общественных отношений определенного типа.

Заслуга создания общей теории института принадлежит прежде всего Ориу. Именно он заметил, что слово "институт" может получать очень широкий смысл и обозначать "любую организационную форму, созданную на основе обычной или позитивного закона, пусть даже они выступают в роли простого средства юридической техники; в этом смысле владельческий иск или протест или заявление о превышении власти являются институтами" (1). Таким образом, Ориу противопоставил институт договору, поскольку, по его мнению, "институт создается на длительное время, а договор нет". Впрочем, в отличие от "институтов-предметов", которые принадлежат "категории инертных предметов" (2) и которые соответствуют широкому пониманию юридического института, охватывающему юридическое правило и связанные с ним различные предписания, Ориу выделял "институты-органы" и "институты-лица" (3). Именно на последних, которые являются "элементами социальной организации, а не только средствами правовой техники", Ориу сконцентрировал свои исследования. Хотя для того, чтобы считаться институтом, элементам правовой системы не обязательно обладать статусом юридического лица, и термин "институт" может применяться к органам, не обладающим лицом, например, министерствам, тем не менее корпоративные или персонифицированные институты включают все три следующих элемента: *идею деятельности*, которую необходимо осуществить в рамках социальной группы, *организованную власть* и *"проявления общности"*, которые возникают внутри социальной группы в связи с единой идеей и ее реализацией" (4). Позднее ряд

(1) M. Hauriou, *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. 126.

(2) *Op. cit.*, p. 126.

(3) *Ibidem*.

(4) G. Marty, "La théorie de l'institution", *Ann. Fac. de droit et des Sc. econ. de Toulouse*, T. XVI, fasc. 2 (1968), p. 39.

авторов также уделял повышенное внимание институтам-лицам; некоторые из них, например, М. Валин, доходили до того, что любой институт определяли как "организованное общество", порождающее юридические правила. Другие ученые продолжили анализ в духе Ориу. П. Кюш (1) противопоставлял "институт-правило" (простое ограничение, накладываемое на человеческую деятельность за пределами всякой договорной базы путем санкционирования деятельности, ориентированной на коллективную цель) "институту-организму", объединению индивидов, деятельность которых координируется (такое объединение, как правило, наделяется статусом лица), и "институту-механизму", который соответствует комбинации систематически применяемых правил, предназначенных для удовлетворения общего или коллективного интереса. Стала уже классической традиция различения "институтов-органов", то есть объединений, статус и функционирование которых регулируются правом (например, парламент или семья), и "институтов-механизмов", представляющих собой совокупности правил, регулирующих деятельность какого-либо института-органа или какую-нибудь определенную юридическую ситуацию из жизни общества.

Отметим для себя двоякое понимание юридических институтов. Если бы речь шла только об организациях, тогда понятие института включалось бы в разные виды юридических лиц; если бы речь шла только о простых юридических правилах, тогда для того, чтобы выразить понятие института, достаточно было бы закона, индивидуального акта или договора... Но ни органы, ни обособленные предписания из арсенала позитивного права не смогли бы в необходимом объеме выразить связную и систематичную упорядоченность совокупности правил и техник, проявляющуюся или не проявляющуюся у специфических органов

(1) Лекция, прочитанная во время социальной недели в Лионе, 1925 г., pp. 349 et s.

и выстраивающуюся на единой идейной основе и вокруг общей конечной цели. Именно юридические институты осуществляют данную характерную для права операцию. В таком случае им будет соответствовать любая юридическая конструкция — совокупность организмов или механизмов, образованная из устойчивого комплекса правил и предназначенная для того, чтобы управлять юридическими ситуациями определенного типа исходя из конечной цели и определенной идейной основы.

170. Действительно, для юридических институтов характерны одновременно устойчивость и систематичность.

Прежде всего юридический институт предполагает определенную *длительность*. Хотя, конечно, институты существуют не вечно. Исчезают даже фундаментальные институты цивилизаций: феодальные отношения и рабство закончились с утверждением цивилизованных обществ современной эпохи. В то же время в институтах заложена определенная перманентность. Семья, предприятие, политические институты укоренились в жизни человечества настолько, что стало возможным следующее суждение: "если люди, как правило, меняются, то институт остается" (1). Такая живучесть, как один из элементов института, часто является критерием, который противопоставляет институты юридическим ситуациям случайного и преходящего характера, например, обязательствам или договорам, о которых иногда говорят, что они приобретают черты институтов, как только достигают определенной степени длительности и стабильности (2). Если быть более точным, выживаемость институтов не зависит от согласия с их существованием заинтересованных лиц, от преемственности в этом согласии; она просто вытекает из применения объективного права. Выживаемости способствует гибкость

(1) R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui* (3<sup>e</sup> éd. 1964), n° 103.

(2) P. Roubier, *op.cit.*, fl° 3.

институтов, поскольку правовая система стремится адаптировать институты к экономическим, социальным и идеологическим условиям. Это еще один аспект, помогающий отличить институты от мнимой строгости договоров, релятивизм которых чужд понятию института.

*Систематичность* юридических институтов связана с устойчивостью их организации, которой их наделяет объективное право. Здесь имеется в виду живая система правил, составляющих заданные правом рамки для развития какого-то элемента социальной жизни (1), например, для политической власти, семьи, предприятия, частной собственности... Последняя мысль верна в отношении "институтов-предметов", как и в отношении "институтов-лиц". Подобно тому, как юридические лица образуются вокруг какого-то дела, юридические правила образуются вокруг какой-то идеи" (2). В роли конститутивных элементов правовых образований, каковыми являются институты, в разных случаях выступают лица и юридические правила, которые группируются вокруг лиц. Именно эти образования и эти устойчивые органы позволяют праву координировать юридическую деятельность на социологическом, философском, политическом, экономическом, социальном уровнях... Именно они позволяют праву посредством некоторого статуса управлять определенным типом социальных явлений. Так, нормальная организация институтов предполагает одновременно объединительный дух и иерархическое устройство. Руководящая идея, которая оживляет институты и выступает условием их логичной связности и однородности, обнаруживается, если следовать методу Дюги (3), между "нормативными юридическими правилами" и "конструктивными, или техническими, юридическими правилами"; при этом нормативные правила обо-

(1) *Ibidem*.

(2) J. Dabin, *op.cit.*, n° 85.

(3) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel* (3<sup>e</sup> éd.), T.I, §10 et § 21.

значают руководящий принцип, который служит идейной основой конструктивных правил, а совокупность этих конструктивных правил образует институт. Доминирующая идея права, регулирующего статус недееспособных граждан, — защита недееспособных, доминирующая идея принципа гласности в делах купли-продажи земли — защита интересов третьих лиц, доминирующая идея государства — власть и суверенитет, доминирующая идея семьи — солидарность, общая жизнь и общие интересы или идея ячейки общества... доминирующая идея общества — стремление к общему благу и реализация коллективного интереса. В то же время наличие у института конечной цели предполагает иерархическую организацию элементов, которые этот институт составляют. Именно отношение к конечной цели является ключевым при определении места каждого элемента — органов и правил, группирующихся вокруг институтов — в *иерархии*. Юридические правила группируются вокруг руководящих принципов: правила либо являются проводниками принципов в жизнь, либо нарушают эти принципы. Институты, формируемые этими правилами, также объединяются в более просторные направления, вплоть до того, что все вместе образуют собственно юридический порядок: судья и судебный процесс соединяются и образуют правосудие, которое само по себе является всего лишь одной из ветвей власти, функционирование которых, в отсутствие принципа разделения властей, определяется и регулируется конституцией, как бы растворяясь в том самом юридическом лице, олицетворяющем идею суверенитета, каким является государство. Идея защиты прав нетрудоспособных граждан, как несовершеннолетних, так и совершеннолетних, видоизменяется, приспособляясь к более или менее структурированным режимам, к тому, как в условиях этих режимов обеспечиваются позиции заинтересованных лиц, безопасность их окружения. Эти режимы могут, в зависимости от конкретного случая, сохра-

няться, получать поддержку, переводиться под более или менее жесткий контроль со стороны судьи, а иногда семейного совета. Именно в целях защиты прав нетрудоспособного гражданина управляющий имуществом или опекун должны во всем проявлять законопослушность. Для того, чтобы гарантировать действенную защиту прав, опекун обязан провести инвентаризацию имущества, открыть опеку и в момент передачи имущества отчитаться за тот период, когда он им управлял... Иерархия в отношениях между правилами и органами оказывается в таком случае одновременно материальной и формальной: иерархия правил часто соответствует иерархии структур и иерархии органов, порождающих эти структуры.

Такая иерархия, внутренне присущая институтам, иногда подается как фундаментальная черта, отличающая институт от договора, который подчиняется принципу равноправия сторон.

Юридический институт — это не непосредственная данность жизни и фактов. Он утверждается правом. Он противостоит одновременно фактам, которые порождаются жизнью, сам будучи порождением юридического порядка, и организациям, появление которых связано исключительно с волей частных лиц, но не с действием какого-то юридического правила. Таким образом, определение юридических правил доказывает их специфику.

### §3 Специфика

#### юридических институтов

171. Перманентный характер и внутренняя иерархия института противостоят теоретически мгновенному и эгалитарному характеру договора; это обстоятельство, а также тот факт, что договор проистекает, как правило, только из воли сторон, тогда как институт порождается объективным правом, объясняют бесспорно специфический характер института в сравнении с договором. В те-

чение длительного времени частное право и государственное право термином "договор" обозначали все проявления общественной жизни. Все связи между органами управления и частными лицами, положение функционеров, международные договоры, брак, общества или ассоциации или профессиональные союзы, внутренний распорядок на предприятии... в классическом варианте основывались на идее договора, не взирая на властные отношения или легальный статус, на которые они опираются. Теория института и появилась на свет в качестве реакции на такое неоправданно широкое толкование понятия договора. Ученые еще все находят удовольствие в том, чтобы сталкивать идею государства с учением об "общественном договоре", противопоставлять договорную и институциональную концепции брака, дискутировать о реальном или фиктивном характере юридических лиц... Значение этих споров для объяснения, исследования, идеологического обоснования, перспективного анализа рассматриваемых понятий и явлений бесспорно, хотя они несколько запоздали. Договор больше не рассматривается как соглашение, параметры которого свободно обсуждаются и определяются сторонами. Человеческие и экономические отношения не основываются больше исключительно на двусторонних договоренностях, но нередко на коллективных отношениях. Они больше не проистекают только из индивидуальной воли, но из всего социального механизма, проявляющегося в виде перманентных потребностей и структуры, устойчивой организации. Они больше не являются результатом единичного юридического акта, но вытекают из целой группы договоров, сконцентрированных в рамках одной сделки, и из целого пучка законодательных и регламентарных положений... Поэтому противопоставление договора и института в значительной мере стало искусственным. Г-н Рубье, отмечая случайный и преходящий характер обязательства и договоров, про-

тивопоставлял их в этом смысле институту (1). Однако если тот или иной договор, тот или иной частный факт нанесения ущерба, очевидно, не одно и то же с институтом, то договор и обязательство, как правило, выступают в качестве институтов, то есть, согласно формулировке Рубье, в качестве организованных комплексов, "включающих регламентацию конкретной и устойчивой данности социальной жизни" и представленных "пучком юридических правил, направленных к общей цели" (2). Позитивное право все больше и больше становится императивным, обеспечивая таким образом "главенство коллективных интересов и общественной организации над чисто индивидуальными интересами". Когда обязанности, продиктованные законом носителю какого-либо права, имеют важное значение, совокупность его прерогатив и обязанностей обозначается выражением "легальный статус"; есть статус супруга, арендатора жилья, собственника, работодателя, наемного работника... Когда такая совокупность прав и обязанностей удовлетворяет коллективным перманентным интересам, принято говорить об "институтах" (3). Однако термины "институт" и "легальный статус" очень близки друг другу, даже несмотря на то, что под институтом понимается предмет, лицо или группа правил, а под легальным статусом — юридический режим, которому подчиняется (в котором действует) институт.

172. Институт отличается также от юридического правила и от общих принципов. Юридическое правило, общее правило поведения, абстрактное и обязательное, выполнение (наказание за невыполнение) которого гарантируется государственной властью, обычно управляет только отдель-

(1) *Op.cit*, n° 3.

(2) *Ibidem*.

(3) A. Weill et F. Terré, *Droit Civil. Introduction générale* (4<sup>e</sup> ed.), n° 71.

ными аспектами какой-то социальной связи. Так, уголовное юридическое правило — это всего лишь способ санкционирования других юридических правил, составляющих корпус государственного права или частного права; последние предполагаются первым правилом, а иногда даже не имеют специальной формулировки в текстах законов, как, например, обязанность уважать здоровье и жизнь другого человека. Фискальные правила предполагают юридические и экономические действия, относительно которых они выражают только способы их осуществления (способы обложения налогами). Процедурные правила затрагивают только формы, в которых может быть подано требование судье, и выражают только один из аспектов судебных институтов. Таким образом, юридические правила оказываются всего лишь отдельными элементами системы, образуемой институтами; последние группируются, несмотря на их неоднородность, вокруг общей идеи. Институты делятся на преимущественно специальные институты или образуют более широкие по охвату группы институтов. Институт семьи делится на легальную, внебрачную или приемную семью; этот институт затрагивает понятия брака, наследования, власти отца, обязанности платить алименты...; его интересуют права лиц, право, регулирующее вопросы социального обеспечения, фискальное право, имущественное право... Следуя обратным путем, мы можем рассмотреть наследование, чтобы, объединив его с браком, усыновлением, отцовским авторитетом..., дойти до института семьи. Однако, на каком бы уровне мы ни находились, юридическое правило в силу своей специфики и изолированного и неполного характера отличается от института, который по-прежнему больше, чем простое юридическое правило, он представляет собой системный комплекс правил, организованный вокруг одной цели и на общей духовной базе.

173. Общие принципы, от которых происходят юридические правила, также не следует смешивать с института-

ми, которые они питают. Обеспечивая институты главной идеей и конечной целью, они не несут в себе ни конкретного их содержания, ни технического выражения. Принцип подчинения власти, принцип разделения властей, иерархия органов государства... это еще не все государство... Однако эти общие принципы, образующие стабильное гнездо институтов, к которому притягиваются и у которого удерживаются их элементы, не смешиваются с "общими принципами права" (1). Последние, хотя и "признаются сообществом цивилизованных стран" (2) и "лежат в основе правил, из которых составлены законы и нормы судебной практики", являются всего лишь правовыми решениями и, оставаясь фундаментальными и применяясь на правах общих принципов к самым разным ситуациям, сами по себе системы не образуют. Принцип отсутствия обратной силы закона или принцип легальности правонарушений и штрафов не являются институтами. В крайнем случае они могут совпадать с руководящими идеями отдельных институтов. Несмотря на часто разоблачаемую двойственность, факт полезности институтов и определение того, чем они являются, и того, чем они не являются, позволяют описать их понятие и их общие черты. Однако за единичностью понятия от нас не должно скрываться разнообразие реальных, охватываемых институтами; разнообразие не должно скрываться за искусственным однообразием.

(1) См. *выше*, n°69 et s.; J. Dahin, *op.cit.*, n°91.

(2) В духе ст. 38 из статуса Международного суда.

# 2

Раздел

## МНОГООБРАЗНАЯ РЕАЛЬНОСТЬ

174

Несмотря на опасность чрезмерной систематизации права и излишнего формализма, который выражается в том, что в праве начинают видеть всего лишь совокупность приемов или процедур, механизмов и инструментов, для того, чтобы высветить цельность юридической системы, необходимо постичь ее разнообразие и попытаться классифицировать ее институты, разбить их по категориям, используя в качестве критерия классификации родственные отношения или различия.

Следуя по пути традиционного деления права на государственное и частное, мы могли бы в начале обратиться к фундаментальному различию *государственных институтов и частных институтов* (1). Тогда нам пришлось бы противопоставить друг другу частные институты, такие, как семья, брак, собственность, коммерческие общества..., и общественные институты, такие, как государство, коммуны, всеобщее избирательное право, общественные предприятия, договор... Впрочем, такое различие сегодня представляется если не устаревшим, то по крайней мере недостаточным. Нельзя больше соглашаться с положением, согласно которому общественные институты управляют только государственным правом, а частные институты — только частным правом, поскольку государственное право проникло в сферу частных институтов, а частное право захватило сферу общественных институтов. Справедливо ли утверждение, что собственность и семья — это частные институты, при том что в них включен общий

(1) E.P. Spiliotopoulos, *La distinction des institutions publiques et des institutions privées en droit français*. Préface Ch. Eisenmann (L.G.D.J. 1959).

интерес? Предприятия могут быть общественными или частными, при этом общественные предприятия могут заниматься коммерческой деятельностью, в то же время существуют частные предприятия, где представлен общественный интерес, и общества со смешанным типом управления экономической деятельностью. Договора также могут быть общественными или частными...

Обратившись к различению, основанному на содержании институтов, мы вынуждены будем противопоставить *политические институты* остальным, выделить *имущественные институты* *ТА неимущественные*... Под политическими институтами в таком случае понимались бы "институты, имеющие отношение к осуществлению власти в государстве" (президент Республики, премьер-министр, парламент, выборы...), в других государствах или организациях или в рамках международных соглашений. В то же время помимо официальных институтов, утверждаемых конституциями или другими юридическими текстами, существуют "фактические институты", например, политические партии и группы влияния (1)... Хотя нет уверенности в том, что мы можем четко характеризовать те или иные институты как политические или как не политические и что такая сортировка, если она вообще возможна, имела бы реальный юридический смысл. Деление институтов на имущественные и неимущественные тоже выглядит искусственным: неимущественные права, например, свободы, право на наследование или на неприкосновенность включают в себя, во всяком случае косвенно, отблески имущественных прав, пусть даже речь идет о возмещении или предотвращении ущерба имуществу (2). Большое число институтов объединяет в себе как имущественные, так и

(1) M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel* (P.U.F. Coll. Themis 15<sup>e</sup> Ed.), T.I, pp. 22 et s.

(2) Например, возмещение убытков, алименты, права наследников...

неимущественные аспекты: семья является хорошим примером институтов такого рода.

Итак, если институты — это совокупности правил, имеющих отношение к одному и тому же предмету, образующих единое целое, организованное вокруг общей конечной цели, и предъявляемых субъектам права в качестве руководства к действию, тогда наиболее удовлетворительной классификацией институтов следует признать ту, которую предложил Ориу. Существует фундаментальное отличие между "институтами-лицами" и "институтами-предметами" или, в более общем смысле, между организмами (§1) и механизмами (§2).

## § 1 Институты-организмы

175. Ориу в основном сконцентрировал свое внимание на "общественных образованиях", иными словами, на "общественных организациях в их отношении к общему порядку вещей, неизменность которого обеспечивается внутренним равновесием, заложенным в принцип разделения властей, и который реализует в себе юридическую ситуацию" (1). Из такого определения вытекает идея *индивидуализированной* (в противном случае наделенной юридическим лицом) *системы*, идея *внутренней организации*, которая позволяет системе самостоятельно сохранять равновесие (объективно и в соответствии с позитивным правом), идея *включения этой системы в общий порядок вещей* и идея создания *перманентной юридической ситуации*. Названные конститутивные элементы позволяют учитывать, помимо юридических лиц общественного права и частного права, образования, не наделенные юридическим лицом, которые выступают в качестве элементов общественного, политического, экономического устройства и

(1) См. G. Marty, *op.cit.*, p. 37.

которые сохраняются вне зависимости от непрерывного процесса обновления человеческого общества. Так, семья, предприятие, министерство... являются институтами. Однако юридические институты имеют естественную тенденцию образовывать юридические лица, то есть объединения лиц или имущества, которые, обладая персональным юридическим статусом, выступают носителями прав и обязанностей. Следует отметить также, что согласно нормам французской юриспруденции "правосубъектность юридического лица не создается силой закона; в принципе ею обладает любое объединение, наделенное возможностью коллективного выражения мнения в целях защиты законных интересов, заслуживающих, как следствие, того, чтобы быть признанными и получить защиту со стороны закона... Законодатель, реализуя свое право лишать правосубъектности ту или иную категорию объединений, наоборот, косвенно, но неизбежно признает ее существование и наделяет ею органы, создаваемые им самим; миссия этих органов состоит в том, чтобы осуществлять руководство отдельными коллективными интересами..." (1).

176. Институты-организмы государственного права (2) охватывают бесконечное разнообразие органов: политические или конституционные, административные, судебные, международные, учреждения общественной администрации или промышленные и коммерческие... Они принимают форму территориальных объединений (государство, коммуны...), международных организаций (ООН, ЕС), общественных учреждений (университеты, академии...), фондов, обществ, ассоциаций... Они представляют органы политической власти: президент Республики, Парламентская ассамблея, премьер-министр, правительство, министерства...

(1) Civ. 2<sup>e</sup> Sec. Civ. 28 janvier 1954 D. 1954 II 217, note G. Levasseur; J.C.P. 1954 II 7978 Concl. Lemoine.

(2) См., например, P. Pactet, *Les institutions françaises* (P.U.F. — Coll. "Que sais-je?")

Они являются также материальным выражением административной организации, включая структуры центральной власти или территориальную организацию государственных служб на уровне регионов, территориально-административные образования или коммуны с соответствующей передачей полномочий органам власти на местах. Сюда же следует отнести и экономические и финансовые институты (Государственный банк Франции, государственная казна, Главный комиссариат по экономическому планированию...). Кроме того, можно назвать органы, связанные с децентрализацией властных полномочий... и все равно этот список будет неполным.

Институты-организмы частного права не менее разнообразны. Это объединения социально-экономического уровня, не обладающие статусом юридического лица, например, семья, или предприятие, или юридические лица. Они имеют тенденцию к увеличению в числе по мере того, как на смену классическому индивидуальному порядку приходит "коллективный порядок" (1). Мы являемся свидетелями процесса численного увеличения юридических лиц, за которыми скрываются самые разнообразные интересы. Польза этого явления заключается в том, что мы можем с большей точностью персонифицировать эти объединения. Одно из неизменных свидетельств названного процесса — современное развитие движения ассоциаций. Институты частного права, наделенные статусом юридического лица, для того чтобы внедрить самые необычные идеи, имеют достаточно ограниченный выбор известных структур, которыми могут воспользоваться в качестве внешней формы: общества, ассоциации, синдикаты. Новые формы, порождаемые экономической и социальной эволюцией (объединения по экономическим интересам, сельскохозяйственные объединения, объединения собственников или совла-

дельцев собственности...), являются всего лишь частными случаями выражения таких структур. Так, будучи единицами, не имеющими прав юридического лица, или действительными юридическими лицами, институты переводят на юридическую сцену многочисленные явления социальной жизни. Экономическое, сельскохозяйственное, ремесленное предприятие, предприятие, представляющее различные виды профессиональной деятельности, торговое, промышленное предприятие, независимо от его юридической формы (1), может рассматриваться как институт; индивидуальное предприятие как общество, объединяющее лица или капиталы, как кооператив..., оно всегда выступает в качестве "экономической единицы, предполагающей использование человеческих и материальных средств производства или распределения богатств с опорой на уже существующую организацию" (2).

Однако все перечисленные виды юридической организации жизненных реалий предполагают надлежащее внедрение технических механизмов, которые также входят в состав институтов.

## II Институты-механизмы

177. Институты-механизмы как организованные совокупности правил, порождаемых объективным правом, образуют "своеобразные рамки, которые задаются правом для развития какого-то элемента общественной жизни" (3). В таком случае институты принимают вид инструментов, которые объективное право привлекает для собственного применения. Институтом в полном смысле этого слова яв-

(1) E. Bertrand, *L'esprit nouveau des lois civiles* (Ed. Economica 1984), в частности pp. 49 et s.; 91 et s.; 109 et s.

(1) J. Brethe de la Gressaye, *op.cit.*, n° 82 et s.

(2) R. Guillien et J. Vincent, "Lexique de termes juridiques", см. *Entreprise*.

(3) P. Roubier, *op.cit.*, n° 3.



ляется все право в целом. Юридическое правило в широком смысле слова — это оптимальный инструмент правотворчества и "общий знаменатель" всех юридических институтов. Однако формы, в которые объективное право позволяет облекаться жизненным реалиям, исключительно разнообразны и накладываются друг на друга, образуя бесконечное множество возможных структур. Деятельность органов, от которых происходят юридические правила, тоже в свою очередь регулируется правилами; основа права принимает различные формы. Любая попытка составления перечня юридических институтов, если такой перечень вообще можно себе представить, не может быть беспристрастной, поскольку содержание такого перечня будет зависеть от степени точности, которой хотят достичь. Любое перечисление было бы скучным. Кроме того, возможно создание очень большого числа классификаций. Тем не менее мы можем быть уверены, что во всех случаях речь пойдет об организации и санкционировании общественных и частных социальных отношений.

178. Что касается *институтов, связанных с организацией социальных отношений*, схематично мы можем выделить *механизмы защиты* и *механизмы действия*. Речь идет прежде всего о защите институтами сторон социальных отношений, это будут такие институты, как нетрудоспособность (недееспособность) или формализм. Защита третьих лиц обеспечивается, например, механизмами гласности. Защита общего интереса осуществляется посредством конституционных или административных механизмов, общественного порядка..., защита личности — посредством общественных свобод и прав индивида, политических или социальных. Общественное спокойствие поддерживается посредством установленных сроков, предписаний, силы судебного постановления... Далее мы можем объединить и назвать механизмами действия все институты, которые в состоянии поддерживать определенную социальную дея-

тельность: это юридические лица, субъективные права, имущество, юридические акты, деньги, кредит...

179. *Институты, связанные с санкционированием социальных отношений*, также очень разнообразны. Независимо от того, какие органы — судебные или конституционные — наделены властью санкционирования, мы видим прежде всего корпус правил, предназначенных для оценки и применения санкций, предусматриваемых объективным правом. Достаточно будет назвать в этой связи судебный иск, судебное производство, приговор, ходатайства. Не следует упускать из виду также доводы и доказательства, которые необходимы для обоснования претензий и установления истины и без которых немислимо какое-либо наказание. Существенную роль в данном случае играют прежде всего сами наказания: уголовные, гражданские, административные, дисциплинарные... Они могут выражаться в дополнительных обязательствах, возмещении убытков, аннулировании сделки, денежных штрафах, конфискации имущества, лишении свободы... Можно вспомнить также о задержании, выдворении... Прежде всего следует выделить *возмещение* причиненного ущерба, иными словами, "возместительное правосудие", реститутивное или компенсационное, *наказания*, то есть страдания, которые из соображений общественного порядка должен претерпеть виновный; наказания определяются "карательным правосудием", хотя следует помнить, что два названных типа санкций могут совмещаться. В условиях примитивных обществ санкции выступали в форме частных наказаний, применяемых от имени частного правосудия. В развитых обществах, несмотря на ряд пережитков, исчезновение частного правосудия повлекло за собой исчезновение частного наказания (1). В то же время санкция свидетельствует о самостоятельности юридического правила. Санкция в виде предписания, исходящего от органа власти в обществе, уже

(1) P. Roubier, *op.cit.*, n° 5

по своей природе включена в любое юридическое правило, соблюдение которого предполагает возможность принуждения. Здесь имеется в виду механизм и институты, внутренне присущие юридической системе и используемые ее органами.

Существует очень много видов институтов; они могут быть обособлены или сгруппированы на разных уровнях специализации или обобщения; любая слишком строгая классификация институтов будет по этой же причине и неточной.

#### • Иллюстрация

##### **Символическая картина институтов в юридической системе**

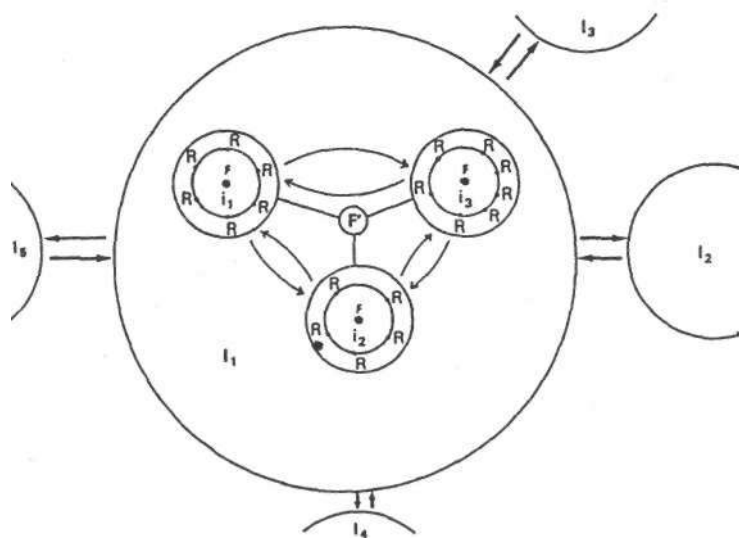
Цельность юридической системы обеспечивается взаимодействием составляющих ее элементов.

Институты в их отношении к юридической системе в целом (II, 12, 13...) могут быть представлены как отдельные молекулы какого-то тела. В то же время, как и молекула, которая является соединением атомов, одинаковых или разных, что зависит от конкретного вещества, но связанных друг с другом, институт (II) объединяет другие институты (i1, i2, I3).

Любой институт, организм (i1) или механизм (i2, I3), подобно атому, который является конститутивным элементом материи, включает ядро, то есть главную идею, общую конечную цель (F, F'), вокруг которой организуются различные правила и элементы (R).

Итак, общая картина институтов может быть передана при помощи схемы, которая предлагается ниже:

Юридическая система:



## Глава 2

### ЮРИДИЧЕСКИЕ КОНЦЕПТЫ И КАТЕГОРИИ

180. Право не может состоять только в подборе разрозненных правил. В отсутствие возможности связать разные элементы в цельную систему внутри права неизбежно должны возникать такие сильные противоречия, что оно стало бы непонятным и невозможно было бы провести соответствующую правовую реформу. Кроме того, никогда нельзя все предусмотреть и все регламентировать; в отсутствие общих принципов и понятий могут возникать такие обширные зоны юридической пустоты, что право просто не справилось бы со своей задачей организации общественного порядка. Итак, право (для того чтобы называться правом) должно обязательно представлять собой систему, организованную вокруг определенного набора принципов, фундаментальных понятий, технических приемов, для внедрения и применения которых требуется использование определенных методов. Юридические правила возникают в результате "ассоциации нескольких концептов", и любая правовая система характеризуется специфической организацией связей между разными элементами (1). Главные направления права, для того, чтобы их можно было применять, и для того, чтобы юридический порядок достигал своей конечной, конкретной цели, нуждаются в сложной интеллектуальной конструкции, основывающейся на *концептах*. Раньше дух юризма нередко отождествлялся с "господством концепта, оторванного от представленных в нем интересов, организованного в соответствии с его собственной природой и сочетающегося с другими

(1) См. *выше* п° 8; R. Gassin, "Système et droit", Rev. Recherche Juridique — Droit prospectif 1981, III, p. 353.

концептами такого же рода с целью формирования чистой юридической конструкции, построенной на чистой абстракции и только за счет усилий мысли" (1). В то же время любая система концептов предполагает дифференциацию и объединение используемых понятий, а также реальных и явлений, с которыми она сталкивается в действительности. Поэтому юристы вынуждены выводить *юридические категории*, то есть совокупности прав, предметов, лиц, фактов или актов, обладающих общими характерными чертами и подчиняющихся общему режиму (2). Юридические категории — это "рудименты науки о праве", по отношению к которой они выступают в роли "сырья".

Право, "поддерживаемое каркасом концептов, передающим ему свою интеллектуальную организацию", функционирует путем *классификации* фактов, обстоятельств, понятий..., основанной на их общих чертах и их ориентированности на общие модели; при этом квалификации (в смысле оценки качеств) какой-либо юридической ситуации в свете тех или иных категорий оказывается достаточно для того, чтобы определить и применить к ней соответствующий режим (3). Юридический словарь Капитана дает следующее толкование термина "квалификация": "определение природы какой-то юридической связи с последующим отнесением ее к одной из известных юридических категорий". Поэтому каждый юрист стремится таким образом охарактеризовать ситуацию, чтобы подвести ее под какую-то юридическую категорию (4). Эта тенденция стала еще

(1) F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, T. I, n° 40.

(2) J.L. Bergel, *Différences de nature égale différences de régime*, R.T.D. Civ. 1984, p. 255, n°3.

(3) G. Cornu, *Droit Civil, Introduction — Les personnes — Les biens* (Ed. Montchrestien 1980), n° 186; J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de Droit Civil, Introduction générale*, n° 43.

(4) M. Waline, "Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique: Faut-il tuer les catégories juridiques?", *Mélanges Dabin* (Sirey 1963), T. I, p. 363.

более ощутимой с тех пор, как информатика потребовала от юристов квазиматематической строгости: как в ходе анализа документов, так и в процессе составления актов с использованием средств информатизации. Однако такие именитые авторы, как Жени и Дюги, показали опасности, которые в себе таят эти процедуры и приемы юридической техники, опасности, связанные "с их искусственным и почти механическим характером" (1). Они утверждали, что их систематическое использование могло привести к тому, что эти чисто интеллектуальные конструкции давали бы искаженную картину фактов реальной (и перманентно меняющейся) действительности и наложили бы на право печать "догматизма и жесткости, несовместимых со сложностью реальности и гибкостью жизненных форм" (2). Несмотря на то что эти риски действительно существуют, не следует преувеличивать реальную угрозу, которую они представляют. Дело в том, что юридическая техника не сводится только к методу классификаций. Она не должна скрывать от взгляда наблюдателя объективные реалии и должна проявлять терпимость по отношению к вносимым коррективам, отвечающим условиям функционирования и конечным целям права: результаты, к которым приводит использование средств юридической техники, имеют ценность только в той мере, в какой они связаны с реальной жизнью и высшими принципами. Однако сам Жени признавал ценность этих приемов как средств оплодотворения науки и юридических решений и как факторов увеличения числа институтов (3). Для этого достаточно, чтобы юридические концепты и категории получили четкие определения (Раздел 1) и чтобы так же четко были определены параметры метода классификаций (Раздел 2).

(1) F. Géný, *op.cit.*, T. III, n<sup>os</sup> 179 a 191.

(2) L. Husson, "Les apories de la logique juridique", *Annales Fac.Droit et Sc.Eco. de Toulouse*, T. XV, Fasc. I (1967), p. 63.

(3) F. Géný, *op.cit.*, n<sup>os</sup> 277 et 302.

## ОПРЕДЕЛЕНИЕ ЮРИДИЧЕСКИХ

### 1

## КОНЦЕПТОВ И КАТЕГОРИЙ

### Раздел

181 Концепты, или "общие и абстрактные менталь-

ные репрезентации объектов" (1), в юридической сфере могут быть определены только применительно к позитивному праву и реалиям социальной действительности. Ход умственных рассуждений, который ведет к такому результату, исходит из наблюдения закона, судебной практики, общей юридической практики... Это очень сложный процесс, поскольку он опирается на меняющиеся и часто противоречивые правила, а также на крайне изменчивые формы поведения людей и явления психологического, социального, экономического, этического порядка... (2). Результаты наблюдения и применяемые критерии индуктивным путем преобразуются в концепты, однако они порождают только гипотезы и подвержены эволюции. Такими средствами ученые стремятся разработать типологию наблюдаемых явлений, поэтому в ходе сравнительного анализа проявляются их общие черты и различия, благодаря чему появляется возможность их группировать. После этого наступает этап распределения юридических явлений и понятий с общей природой по категориям, к которым как следствие присоединяются некоторые специфические правила. Такая категоризация основывается на постоянных чертах.

Общая и абстрактная интеллектуальная репрезентация юридических феноменов посредством концептов, необходимых для их понимания и отражения на уровне позитивного права, затрагивает как лиц, так и предметы, факты, акты, права, технические процедуры, институты... Она в

(1) Diet. Robert, см. Concept; C. Atias, *Épistémologie juridique*, P.U.F., 1985, n<sup>os</sup> 81 et s.

(2) E.S. de la Marnierre, *Éléments de méthodologie juridique*, n<sup>o</sup> 60.

одинаковой мере применима к отдельному объекту, понятие и к классам объектов, сгруппированных по принципу аналогии. Концептуализацию интересуют, таким образом, и специфические юридические явления, и юридические категории. Впрочем, Кант отождествлял категорию с основополагающим концептом рассудочной деятельности. Однако для того, чтобы описать какой-то концепт, он должен быть рассмотрен как таковой, в то время как для описания какой-то категории необходимо выделить связи, которые объединяют друг с другом элементы, образующие эту категорию, и специфические черты, отличающие эти элементы от других феноменов. Таким образом, определение концепта дается с опорой на анализ самого концепта (§1); определение категории отталкивается от другой категории (§2).

**£ j    Определение**  
**»>    (дефиниция) концептов**

**182.** Определение концепта, которому в римском праве, в Дигестах, отводилась важная роль, состоит в том, чтобы передать смысл слова, которым этот концепт обозначается в соответствии с элементами, которые этот концепт составляют. Определение имеет два аспекта: содержательный (А) и формальный (Б). Если выражаться более точно, оно выражает материальный состав какого-то концепта — его основу; кроме того, оно передает смысл термина, которым обозначается концепт — его форму.

**А • Содержательный аспект определения концепта —**

**183.** Существует точка зрения, согласно которой "первый фактор исполняемости права заключается в удобоваримости определений. Право, использующее недостаточно корректные определения, не будет исполнимым в том смысле, что в процессе его применения будут возникать сомнения и споры, порождающие юридическую необеспечен-

ность". Хотя, с одной стороны, внимание к концепту не должно преобладать ни над "учетом интересов", ни над основополагающими ценностями социального устройства, право, с другой стороны, не может обойтись без надлежащего концептуального аппарата (1). Впрочем, некоторые ученые утверждают, что право не может располагать "необходимым запасом четко сформулированных концептов" и что право часто использует концепты, позаимствованные из обыденных ситуаций, от определения которых оно, в принципе, воздерживается (2). Однако такое возражение, объясняемое математическим подходом, не подходит для духа права и для правовой действительности. Для обеспечения юридической безопасности необходимо, чтобы каждый юридический концепт мог быть представлен дефиницией, которая основывалась бы на входящих в состав концепта атрибутах и специфических отношениях между различными элементами. Дефиниция, в идеале, это модель, позволяющая сравнивать и, как следствие, соотносить с содержательной частью концепта конкретные ситуации, порождаемые юридической жизнью.

Часто случается так, что дефиниция концептов фигурирует в источнике позитивного права. Иногда даже можно подумать, что она проявит реальную эффективность только при условии, что будет дана в законе или использоваться в судебной практике, как в случае с вошедшими в привычку преторианскими дефинициями.

Некоторые законодательства, прежде всего англосаксонского типа, систематически прибегают к общим дефинициям, в начале каждого закона (3). В международных

(1) J. Dabin, *Théorie générale du Droit* (Ed. Dalloz 1969), n° 232.

(2) L. Husson, *op.cit.*, pp. 54 et s.

(3) См., например, в английском праве "intepretation act" 1978 Annexe I: "Words and expressions defined"; "Consumer safety act" 1978 (art. 9: interpretation); *Code de commerce uniforme des Etats-Unis*, Livre I "Dispositions générales" art. 1-201 Coll. U, Préface Tune; Au Québec, loi 14 juillet 1971 sur la protection du Consommateur.

договорах почти всегда даются четкие дефиниции используемых терминов. Во французском праве случаи, когда в законе используются дефиниции, более редки, однако около сотни дефиниций насчитывается в Гражданском кодексе и около тридцати в новом гражданско-процессуальном кодексе. Огромное число дефиниций вошло в Уголовный кодекс и другие кодексы и в тексты специальных законов (1). Следует отметить, что когда тексты не содержат дефиниций или в них приводятся недостаточно четкие дефиниции, судья своей властью может толковать законы и регламенты, устанавливать смысл слов и формулировать дефиниции концептов (2). Такая созидательная роль судьи имеет особое значение в административном праве. Концепты насильственного действия, службы общественного назначения, общественных работ и многие другие происходят из преторианского по духу корпуса произведений Государственного Совета, причем большая их часть пережила трудный период вызревания. Судье помогает традиция толкования закона, которая благодаря своему стремлению дать обоснование позитивного права, своей обобщающей по духу работе, своим законодательным инициативам помогает открыть концепты и предлагает их дефиниции. Юрист, занимающийся толкованием закона, иногда вынужден сам создавать концепты, предназначенные для познания и систематического анализа права; такие концепты происходят не из формальных источников права и поэтому не должны использоваться в обязательном порядке, даже если становятся общеупотребительными.

(1) G. Cornu, "Les définitions dans la loi", Mélanges J. Vincent (Ed. Dalloz 1981), pp. 77 et s.; "Les définitions dans la loi et les textes réglementaires", "Cahiers de Méthodologie juridique" n° 1 et 2, R.R.J. 1986-4 et 1987-4, P.U. Aix-Marseille; M. Van Houcke, "Définitions légales et interprétations de la loi", "Droit et Société" 1988-8 p. 93 et s.

(2) Ch. Eisenmann, "Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique" in La logique du droit", Arch. de philosophie du droit. T. XI, 1966, pp. 25 et s.; n°4.

ми. В государственном праве имеется большое число концептов такого рода: суверенитет, демократия, диктатура, олигархия, государство, союзное государство, унитарное государство, федеративное государство (1). Такая же картина наблюдается в сфере частного права; обязательства, объектом которых является деятельность или результат, хорошо это показывают. Впрочем, некоторые из таких концептов со временем закрепляются в конституциях, законах и регламентах. В процессе своей научной работы юрист очень часто, особенно в судебной практике, сталкивается со словом, которое, обозначая какой-то концепт, не проистекает из какого-либо текста закона, и лица или органы, использующие его, не предлагают его дефиниции. В таком случае юрист должен выделить из всей совокупности характеристик (квалификаций) конкретных объектов концепты, на которых эти характеристики (квалификации) могут основываться и случаями применения которых они являются. Таким образом, юрист путем индукции получает определения новых концептов (2). Наряду с концептами, полученными *дедуктивным* путем из позитивного права, появляются *концепты индуктивного типа*. Однако и те, и другие могут принести реальную пользу только в том случае, если их точное значение будет выражено соответствующей дефиницией.

184. Дефиниция какого-либо юридического концепта должна описывать его содержание и вскрывать критерии его идентификации. То есть она должна давать точное описание конститутивных элементов рассматриваемого концепта и характеризовать связи, объединяющие эти элементы.

Итак, дефиниция должна прежде всего называть *элементы*, которые всегда соединены в концепте, например, такой-то материальный элемент или такой-то интенциональный элемент, предназначенные для реализации тако-

(1) Ch. Eisenmann, *op.cit.*, n° 6.

(2) Ch. Eisenmann, *op.cit.*, n° 5.

го-то объекта и внедряемые при помощи такого-то средства в отношения такого-то и такого-то лица. Обладание будет определяться как *фактическое владение материальным предметом*, соответствующее, на уровне *интенции обладателя, осуществлению вещного права*. Однако дефиниция может не включать в себя некоторые элементы, причем их отсутствие будет одной из характеристик законченного концепта; именно такую роль играет факт отсутствия брака родителей для внебрачного происхождения. Поэтому необходимо, чтобы конкретной дефиниции мог соответствовать только один концепт. Если одна и та же квалификация будет применяться в одном случае в отношении отсутствия или присутствия элементов E1 + E2, а в другом случае — элементов E3 + E4, это будет означать, что либо эта квалификация соответствует двум отличным друг от друга концептам, либо она применяется к одному концепту (E1 + E2 + E3 + E4), но что всякий раз концепт получает недостаточно точную дефиницию (1).

Что касается *связей* между конститутивными элементами, они очень разнообразны. Они могут принимать вид кумуляции (материальный элемент и интенциональный элемент), альтернативы (оптация) или исключения (положение трудового договора, запрещающее работающему по найму заниматься профессиональной деятельностью, способной нанести ущерб его бывшему нанимателю). Это может быть причинно-следственная связь (факт, вызвавший ущерб, и ущерб в случае возникновения ответственности), связь с обоюдным действием (взаимообязывающий договор), зависимость (препозитивная связь), условие ... Еще выделяют качественные связи (существенная ошибка) или количественные (нанесение ущерба)...

Впрочем, несмотря на то, что используемые в праве способы построения дефиниций разнообразны и описываются с достаточной степенью точности, юристы склонны при-

бегать к упрощениям и игнорировать при составлении (и использовании) дефиниций особые случаи и нюансы ради того, чтобы лучше привязываться к внешнему, чувственному аспекту предметов (1). Если врач, психолог и моралист ориентируются на различные причины, способные исказить волю, юрист довольствуется отчуждением, констатацией физического или умственного отклонения (напр., ст. 238, 488 и след. ГК), невменяемости (ст. 64 УК), порока воли (ст. ИОЭислед. ГК)... Несмотря на современные методы научного анализа, в психологии или, например, в биологии принято считать, что юридическая дефиниция часто остается "приблизительной, оперативной и общей", поскольку задача юриста "не в том, чтобы формулировать по-научному корректные дефиниции, но в том, чтобы разрабатывать применимые правила, и что осуществимость права предполагает относительно простые, удобные для обращения дефиниции" (2). Последнее наблюдение следует нюансировать. Необходимо, чтобы дефиниция была четкой и конкретной, и тогда ее можно будет применять. Все вариации концепта не обязательно должны входить в его дефиницию, поскольку в противном случае они делали бы смутным его смысл. Другие понятия, другие механизмы, оценка фактов позволяют учесть специфику каждой юридической ситуации. Если, с одной стороны, не следует загромождать дефиницию всеми формами, которые может принять концепт, то, с другой, дефиниция должна вобрать в себя все элементы и все связи между элементами, скрытые в этом концепте; их соединение является необходимым и достаточным условием для точной идентификации концепта. Именно поэтому может оказаться очень полезным обращение к качественным, кодированным критериям или к объективным качествам. Кроме того, необходимо, чтобы таким образом описанный концепт полу-

(1) *Ibidem*.

(1) J. Dabin, *op.cit.*, n° 253.

(2) *Ibidem*.

чил от своих конститутивных элементов и от реализуемой ими сущности вещьную специфичность. Существует, например, мнение, что договор присоединения не был юридическим понятием, потому что признаваемые за ним черты не были достаточны для того, чтобы превратить его в вещь особого рода. Поэтому не следует ни характеризовать договор присоединения, ни рассматривать его дефиницию, ни приписывать ему особые следствия (1). Из этого положения, не пускаясь в рассуждения о достоинствах мнения, которое оно выражает, следует взять утверждение, что любой концепт несет в себе какую-то специфичность, выразить которую и должна его дефиниция. Хорошие дефиниции должны нести в себе показательные и легко идентифицируемые черты. Означает ли такой вывод, что любое юридическое понятие обязательно должно содержать в себе четкие критерии, позволяющие оценить его содержание исключительно объективным способом? Конечно, нет.

185. Помимо строгих понятий, получающих точные и объективные определения, право прибегает к гибким понятиям, оценка которых отличается субъективностью и изменчивостью. Именно для характеристики последних понятий в свое время в обиходе закрепились выражения "запасные концепты", "резиновые параграфы" (2), "понятия с изменяющимся содержанием", расплывчатые, неопределенные понятия (3). Законодатель иногда намеренно вводит такие понятия в тексты, чтобы оставить для судьи или органов государственной власти большую свободу

(1) E.S. de la Marnierre, *op.cit.*, n° 24.

(2) P. Roubier, "Théorie générale du droit" (2<sup>e</sup> éd...Sirey 1951), n° 13 и процитированные ссылки.

(3) "Les notions à contenu variable en droit", Études publiées par Ch. Perelman et R. Van-det Elst, *Travaux du Centre National de Recherches de logique*, Ed. Bruylant, Bruxelles 1984; Ch. Perelman, "Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au delà du positivisme juridique", Ed. L.G.D.J., *Bibl.de philo.du Droit*, vol. 29, Paris 1984, p. 132 et s.

оценок. Такое же явление наблюдается при составлении международных договоров, в частности в правовой системе Европейского Сообщества или в Европейской конвенции по правам человека. Современная техника принятия законов, благодаря таким неопределенным понятиям, позволяет осуществлять настоящее "делегирование нормативной функции" органам власти, ответственным за принятие решений, и дозирует уровень неопределенности таких расплывчатых понятий, ориентируясь на полномочия, которые необходимо делегировать. Эти понятия применяются на практике только в режиме "контролируемой расшифровки", которая осуществляется в процессе интерпретации и применения использующих эти понятия норм. Более или менее обязательный характер этих норм измеряется по той свободе декодирования, которая предоставляется интерпретаторам. В таком случае принято говорить о "расплывчатой логике", которая приходит на место бинарной и линейной аристотелевой логики (1). Принято говорить, что "многие вещи лучше понимаются, чем определяются", и что именно так обстоит дело с выражением моральных, экономических или политических понятий (2).

В частности, речь идет о понятиях, которые не поддаются точному определению, о понятиях, которые связаны с поведением людей и включают сравнение с нормальной действительностью. Это понятия, которые представители англосаксонского мира называют термином "standard". Впрочем, их можно обнаружить во всех правовых системах. "Стандарты"... соответствуют "критериям, основанным на том, что представляется нормальным и приемлемым в обществе на тот момент, когда факты должны подвергнуться-

(1) M. Delmas-Marty, "Le flou du droit", Ed. P.U.F., Coll. "Voies du droit", Paris 1986; "Vers une autre logique juridique: apropos de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme", D. 1988 I 221; G. Timsit, "Sur l'engendrement du droit", Rev. Dr. Public. 1988, 39 et s.; см. *ниже* n° 251 et s.

(2) J. Dabin, *op.cit.*, n° 244; F. Geny, *op.cit. TIII*, n° 258 et s.



ся оценке". Это "инструменты измерения форм поведения и ситуаций, используемые в подлинных юридических правилах", которые позволяют интегрировать в юридический порядок социальные реалии и ценности текущего момента и таким образом видоизменять сферу распространения юридического правила (1).

Что касается французской правовой системы, здесь большое значение придается гибким понятиям. Такие понятия, как справедливость, общий интерес, общественный порядок, крайняя необходимость, правила приличия, добропорядочный отец семейства, проступок, добросовестность, оплошность... яркие тому свидетельства (2). Право не может обойтись без этих эластичных концептов, потому что оно институировано для подчинения живой материи некоему порядку и, соответственно, должно воспроизводить пластичные формы реальной жизни; сделать это право может только благодаря существованию дефиниций с широким значением, которые не следует, как это иногда случается, путать с недостаточно четко определенными дефинициями. Податливость дефиниций "позволяет охватить сразу все случаи, как известные, так и неизвестные, и предложить для каждого из них надлежащую трактовку" (3). Благодаря своим свойствам эти понятия могут послужить в деле "поддержания равновесия между существующим юридическим порядком и социальной средой" (4) и помочь избежать разлома в каркасе закостенелого юридического порядка, который может быть спровоцирован эво-

люцией на уровне реалий действительности. Они позволяют вводить наряду с главными, направляющими принципами, определяющими характер всего юридического устройства, второстепенные, корректирующие принципы: добросовестность позволяет смягчить строгость обязательных последствий договора; следование правилам приличия и приоритет общественного порядка ограничивают применение принципа выбора закона договаривающимися сторонами... Эти концепты не относятся к разряду неопределимых, но дефиниция, предметом которой они являются, содержит отдельные вариативные элементы; право интерпретации этих элементов применительно к конкретным фактам предоставлено судье, поскольку их понимание зависит от социального и идеологического контекста, характерного для данной местности и данного момента времени: правила приличия — это правила, диктуемые общественной моралью в данную эпоху и в данном месте, нарушение которых может вызвать определенные санкции; здесь имеются в виду общие обязательные нормы, соблюдение которых обеспечивается санкциями; их моральная направленность и их относительность отличают их от других юридических правил; относительность выступает одним из элементов их дефиниции, она определяет условия их применения.

Итак, юридические дефиниции характеризуются большим разнообразием, границы их поля пролегают от "геометрической дефиниции" до "эмпирической дефиниции" (1), выводимой на основании приблизительного сходства с существующим положением вещей. Такое основополагающее разнообразие дополняется разнообразием на уровне техники формулирования дефиниций.

## **Б • Формальный аспект дефиниции**

**186.** В противоположность законодательствам англосаксонского типа, где в текстах законов системати-

(1) "Les standards dans les divers systèmes juridiques", Actes du 1<sup>er</sup> Congrès de l'Association Internationale de Méthodologie juridique, Aix en Provence, Sept. 1988, "Cahiers de Méthodologie juridique", n° 3, R.R.J. 1988/4, 805 et s.; S. Riaes, "Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)", Ed. L.G.D.J., Bibl.de Dr. Pub., T. 135, Préface P. Weil, Paris 1980.

(2) См. ниже, n° 277.

(3) J. Dabin, *op.cit.* n° 545.

(4) P. Roubier, *ibidem*.

(1) F. Gény, *op.cit.*, T.1, n° 52.

чески при помощи дефиниций фиксируется смысл используемых слов, французский законодатель чаще всего воздерживается от подобного приема, может быть, следуя предписаниям Дигест: "omnis definitio periculosa est"\*. В качестве недостатков дефиниций называется то, что их застывшая форма не может соответствовать эволюционирующему содержанию концептов, и в конечном итоге это приводит к тому, что дефиниции дают искаженную картину концептов. Может быть, степень соответствия дефиниций содержанию концептов зависит только от качества первых, поскольку известно, что добротные дефиниции могут в течение длительного времени противостоять натиску социальной эволюции (1). И тогда проявляется преимущество легальной дефиниции, которое заключается в том, что она "исключает условность и вносит ясность и точность в применение какого-то правила или корпуса правил" (2).

В то же время мы констатируем значительную неоднородность явных и скрытых легальных дефиниций, смысл которых колеблется между общим и абстрактным *определением* какого-то понятия и чисто фактическим *перечислением* ситуаций, отображаемых каким-то словом.

Столкнувшись с подобным разнообразием приемов и формул, ученые испытывают желание составить типологию юридических ситуаций. Г-н декан Корню показал, что главное отличие существует "между дефинициями, которые опираются на суть предметов, и дефинициями, которые ориентируются на словесную оболочку..., между прямой дефиницией предметов и дефиницией слов", между

"вещными дефинициями" и "терминологическими дефинициями" (1).

**187. Вещная дефиниция** — это определение существа специфических элементов и атрибутов рассматриваемого концепта. В силу своего общего и абстрактного характера она задает рамочную модель концепта, позволяющую благодаря четким критериям сопоставлять концепт с конкретными ситуациями. Такой тип дефиниций описывает понятия на основании привлеченных критериев и отличается от простого перечисления серии специфических случаев. Он образует юридическое правило. Такой тип дефиниций соответствует технике построения догматов во французском праве и может быть применен к самым разнообразным концептам: лицам, правам, органам, механизмам, юридическим актам, предметам... В сфере позитивного права он распространяется как на юридические понятия, основные вещные права (право собственности: ст. 544 ГК, сервитута, ст. 637 ГК), договоры (продажа: ст. 1582 ГК, обмен: ст. 1702 ГК, акционерное общество: ст. 1832 ГК...), процессуальные средства защиты..., так и на предметы реального мира, как движимое, недвижимое имущество или события реальной жизни... Конечно, концепт соответствует в таком случае слову или короткому выражению, которые являются его языковыми репрезентациями, поэтому дефиниция концепта одновременно выступает в качестве дефиниции слова, которым этот концепт обозначается. Однако главное в дефинициях такого типа — это содержательное определение критериев. Операция построения дефиниции "заканчивается на слове. Она не выходит за пределы этого слова". Наименование концепта оказывается не более чем этикеткой, используемой для его обозначения (2).

\* "любое определение опасно" (лат. Прим. пер.)

(1) M. Waline, *op.cit.*, p. 369.

(2) G. Cornu, "Droit Civil — Introduction. Les personnes. Les biens", *op.cit.*, n° 212; "Les définitions dans la loi et les textes réglementaires" *op.cit.spec.* J.L. Bergel, "Cahiers de méthodologie juridique" n° 2, p. 1117 et s.

(1) G. Cornu, art. précité, "Les définitions dans la loi", n° 8; "Les définitions dans la loi et les textes réglementaires" *op.cit.*, "Cahiers de Méthodologie juridique" n° 2 p. 1179.

(2) G. Cornu, art. précité, n° 9 et s.; Ch. Eisenmann, *op.cit.* nn.

**188.** *Терминологическая дефиниция* в большей мере соответствует прагматической англосаксонской модели, хотя, с одной стороны, и другие правовые системы, например, французская, прибегают к такому типу дефиниций, а в англосаксонских правовых системах, с другой стороны, можно встретить дефиниции концептуального типа. В данном случае дефиниция выступает в роли указания на определенный смысл термина, используемого в тексте (закона). В англосаксонских законах, как правило, существует вводная глава, посвященная дефинициям, начинающаяся чаще всего с фразы: "В настоящем законе, даже когда из контекста вытекает иной смысл, следующие слова и выражения означают..." (1). Так, ст. 1-201 единого торгового кодекса Соединенных Штатов содержат 46 дефиниций соответствующих терминов. Однако эти дефиниции, хотя и могли бы соответствовать концептам юридического порядка, не содержат притязаний на концептуальность. Смысл какого-либо слова дается здесь путем предварительного толкования и вспомогательного комментария исключительно с привязкой к определенному тексту. Значение каждого термина может устанавливаться произвольно, поскольку оно не ставится в зависимость от общей концептуальной системы и не должно обязательно привязываться ко всей юридической системе в целом. Значение может принимать форму фактического описания, перечисления, уподобления, количественной оценки, характеристики методом исключения... Таким образом, терминологическая дефиниция выполняет функцию служебного элемента закона, который ее и формулирует, а не основного элемента юридического порядка, на который закон ссылается и который определяет характер этого закона. По духу такая дефиниция соответствует больше юридическому импрессионизму, казуистике, чем правовой системе с ее однородным, иерархическим, организованным характером. Ее преимущество заклю-

(1) G. Cornu, art. précité, n<sup>os</sup> 15 et s.

чается в том, что она наделяет текст характерным смыслом и большей достоверностью, но она таит также в себе опасность, жестко фиксируя пределы влияния текста и ограничивая его приспособляемость. Использование такой техники построения дефиниций при составлении международных договоров представляется нужным в целях нейтрализации лингвистических различий и неоднородности юридических систем, а также для введения правил, имеющих одинаковые значения во всех странах-участниках договоров. Более опасным представляется применение этой техники внутри правовой системы отдельного государства, поскольку она не учитывает обязательную цельность любой юридической системы и взаимодействие составляющих ее элементов. Еще более убедительным выглядит такой довод, если речь идет о концептах, соответствующих юридическим категориям, а не просто отдельным понятиям.

## **§2 Определение категорий**

**189.** Процесс разработки дефиниций концептов находит продолжение в их категоризации. На этом этапе речь больше не идет об изучении каждого юридического элемента в отдельности, но о его сравнении с другими элементами в целях установления между ними сходства или различий. В одну категорию, подчиняющуюся определенному режиму, следует объединять наиболее близкие друг другу на фундаментальном уровне единицы и разбивать на отдельные категории, наделяя их разными правилами, единицы, существенно отличающиеся друг от друга. В результате соотнесения некоторой юридической ситуации с какой-либо категорией первая подчиняется юридическим правилам, регулирующим последнюю. Право, таким образом, действует, используя классификации, что позволяет ему включать конкретные реалии, к которым оно обращается, в общую организацию юридической системы. Однако призна-

ние юридических категорий (А) основывается на определении их критериев (Б).

#### А • Признание юридических категорий

190. Анализ юридических концептов может осуществляться только путем их сопоставления друг с другом, путем сближения различных видов одного и того же рода и их соотнесения с различными ситуациями. Для этого необходимо опираться на серии концептов, которые характеризуются как "объединения постоянных и обязательных элементов" (1). Так, понятия и юридические ситуации объединяются в категории по общим для них характерным чертам, а различные категории отличаются друг от друга общими чертами составляющих их элементов. Частноправовые юридические отношения основываются на принципе равенства сторон, в то время как юридические отношения, свойственные государственному праву, подчинены принципу неравенства, который заложен в иерархии органов государственной власти или в принципе превосходства государственных интересов над частными. Имущественные права, благодаря своей особой природе, могут быть выражены непосредственно в деньгах; неимущественные права такой природой не обладают и, следовательно, не обладают меновой стоимостью. Юридические акты — это проявления воли, призванные произвести правовые следствия; юридические факты — это события, способные вызвать правовые следствия помимо воли заинтересованных лиц... Особо следует отметить, что "эти категории могут быть сравнены с биологическими типами, которые основываются на простом сходстве и рассматриваются как организованные комплексы комплементарных черт, сочетающихся друг с другом" (2). Следует отметить также, с какой силой неоднородность юридических ситуаций со-

(1) G. Cornu, *op.cit.*, n° 187.

(2) J. Ghestin et G. Goubeaux, *op.cit.*, n° 43.

противляется их включению в категории, общие и точные одновременно, и как часто среди ситуаций — намного чаще, чем в природе — встречаются гибриды: наем-продажа\* — это и не наем, и не продажа.

Юридические категории имеют только такое значение, каким их наделяют реалии, которые данные категории призваны отразить; имеется в виду чисто интеллектуальная процедура, технический прием внедрения юридических реалий, которая, в силу избыточной жесткости, не должна позволить исказить их природу. Построение юридических категорий должно идти от самих предметов, которые необходимо группировать по общим чертам. Определение категорий должно происходить индуктивным путем, отталкиваясь от известных данных. Цель этой процедуры не только в том, чтобы логически правильно выстроить внутреннее содержание концептов, но прежде всего в том, чтобы, выявляя их сходства и различия, "позволить позитивному праву разумно и с соблюдением мер предосторожности использовать аналогию" (1). Однако, позволяя элементам реальности проникнуть в рамки, предназначенные для их оценки и для лучшей адаптации права к жизни, мы не должны менять направление действия юридических категорий, отвлекать их от конечной цели. Усилия юристов, рассматривающих какую-то новую для себя ситуацию и стремящихся соотнести ее с существующими категориями, не должны вести к "бесполезному насилию над реальностью... Им следует исходить... из известных и испытанных рамок" (2). Именно юристы должны это сделать. Юридические категории — это не просто данные

\* наем-продажа, при котором за определенную плату по истечении определенного срока наниматель может стать собственником имущества.

(1) F. Gény, *op.cit.*, T.I, n° 52; критическое осмысление юридических классификаций см. в: M. Mialle, *Une introduction critique au droit* (Ed. F. Maspéro 1976), pp. 159 et s.

(2) P. Roubier, *op.cit.*, n° 3.

реальности, это даже не данные позитивного права. Они не существуют до того, как к делу подключатся юристы, или до возникновения науки о праве. Они, наоборот, и есть выражение их постоянного труда (1). Это есть их интеллектуальные построения, предназначенные для лучшего понимания, лучшего применения права, для улучшения юридической системы. Они являются результатом их сознательного выбора, даже если этот выбор опирается на наблюдение фактов и анализ объективного права. Таким образом, ценность категорий не более ценности выбора, который они выражают, и пользы, которую они представляют для пользователей.

191. Использование юридических категорий позволяет увеличить рациональность и цельность права; оно позволяет также облегчить применение права.

Система юридических категорий позволяет устранить беспорядок и неопределенность фактов общественной жизни, поскольку при системном подходе, который предполагает ясные квалификационные критерии и определенные правила, они постигаются намного легче. Возможность пропустить через "горнило опыта" факты и акты социальной жизни, имеющие общие черты, и применить к ним опробованный и объективно заданный режим, составляет гарантию юридической беспристрастности и безопасности. Юридические категории также выступают в роли фактора схематизации права. Индивидуальный подход в сфере правосудия означает, что по каждому отдельному случаю теоретически должно приниматься особое решение. Однако необходимы общие правила, которые можно применять к частным случаям, предположительно соответствующим случаю, который регулируется законом (2). И не следует пытаться предусмотреть все, избежать в процессе правотворчества юридических пустот или противоре-

чий, избежать той степени тяжеловесности позитивного права, когда оно станет не подлежащим использованию. Для того, чтобы понять все аспекты жизни, используя разумное число юридических правил, необходимо их интегрировать в "подробные классификации, пригодные для исчерпывающего использования", когда они обязательно окажутся в одной или нескольких известных категориях с соответствующими для них последствиями. Так, имущество бывает движимым и недвижимым; правоспособные лица бывают физическими и юридическими, юридические лица — государственными и частными, физические лица — правоспособными и неспособными; лица, причастные к правонарушению, могут быть исполнителями или соучастниками... Действительно, излишне упрощенный подход при построении классификации порождает неадекватную правовую систему и в таких случаях необходимо смягчить способы категоризации для того, "чтобы приблизить право к жизни, которая вся пронизана контрастами"; в то же время "удобоуправляемость права" не имеет ничего общего с бесконечным увеличением числа рубрик, что в конечном итоге ведет к уничтожению цельности юридической системы и сводит на нет эффективность использования категорий (1). Адаптация рассуждения к реальности и разработка решений осуществляется путем конъюнкции следствий различных категорий, с которыми соотносится одна и та же ситуация (2), или даже путем отклонения исключений, которые позволяют уйти от категории, в принципе сохраняя ее.

Квалификационный анализ лиц, прав, видов имущества, актов, фактов, институтов, правонарушений, санкций... путем их соотнесения с юридическими категориями прежде всего позволяет определить режим их функционирования.

(1) Ch. Eisenmann, *op.cit.*, n°11

(2) J. Dabin, *op.cit.*, nn 260 и далее.

(1) *Ibidem.*

(2) См. ниже, п° 203 et 204.

**192.** Квалификационное описание какого-то акта, факта, юридического феномена состоит в том, чтобы соотнести его с какой-то существующей юридической категорией на том основании, что они имеют ее природу и, следовательно, заимствуют у нее режим. Отказ от того, чтобы интегрировать такой элемент в другую категорию, означает, что оно имеет природу, отличную от природы последней и подчиняется другому юридическому режиму. В принципе, следует считать, что всякое природное тождество предполагает тождество режимов, а всякое природное отличие — отличие режимов (1). Итак, юрист следует путем подбора квалификаций, открывая категории, с которыми могут быть соотнесены конкретные случаи, подходящие под эти категории, и определяя правила, применимые к данным случаям. Они квалифицируются по юридическому факту или акту с той целью, чтобы можно было выяснить виды доказательства, административного или уголовного нарушения, чтобы потом можно было применить к ним ту или иную категорию санкций... Различение физических и юридических лиц предполагает различия на уровне режимов: в то время как физические лица правоспособны в принятии решений, совершении действий, юридические лица могут принимать решения, действовать только через своих представителей, чем и объясняется их особая юридическая организация. Противопоставление движимого и недвижимого имущества, основанное на подвижности одних предметов и неподвижности других, говорит о том, что последние, идентифицируемые по своему уникальному географическому положению, обеспечивают существенную безопасность прав, предметом которых они являются, и подчиняются соответствующим правилам: собственность на недвижимость устанавливается по акту и подлежит огласке; собственность на движимое имущество устанавливается по факту владения.

(1) J.L.Bergel, art. précité n°3; Th. Ivainer, "L'interprétation des faits en droit", J.C.P. 1986 I 3235.

Но, как правило, одна и та же юридическая ситуация соотносится сразу с несколькими юридическими категориями: какое-то обязательство, например, может быть одновременно договорным, имущественным, гражданским и международным; какое-то лицо может быть одновременно лицом физическим, правоспособным, имеющим французское гражданство, занимающимся коммерцией и состоящим в браке. В таком случае данное лицо подчиняется базовому режиму, который возникает как конъюнкция режимов, присущих различным категориям, соотносимым с ним. Более того, одно и то же лицо, одно и то же имущество, один и тот же акт, один и тот же факт... могут соотноситься не только с одной и той же общей категорией, но также и с одной или несколькими из ее подкатегорий: один и тот же договор может быть взаимобязывающим, обременительным, меновым, консенсуальным. И его юридический режим, следовательно, будет выводиться, по крайней мере частично, из типа его природы (1). Такой подход, конечно, схематичен и должен быть дополнен или скорректирован другими соображениями. Тем не менее он составляет важную часть юридического рассуждения. А этого достаточно для того, чтобы констатировать важность юридических категорий и критериев их определения.

#### **Б • Критерии определения категорий — — — — —**

**193.** Необходимо уметь распознать по четким признакам используемые юристами категории. Другими словами, для каждой категории необходимо выявить черты, общие для всех ситуаций, которые она объединяет, и независимо от существующих между ними различий. Критерием определения юридических категорий выступает присутствие отдельных специфических элементов, или отсутствие других элементов, и связи, которые объединяют между собой

(1) О способах определения этих режимов см. *ниже* п° 204.

конститутивные элементы дефиниции этих категорий. Критерии выделения некоторой юридической категории должны в совокупности образовывать модель, на основании которой можно проводить сравнение. Это элементы содержания и формы, которые сообщают каждой категории ее характерные черты и отделяют ее от ближайших категорий. Критерии должны подбираться и использоваться так, чтобы ни одно из явлений, которые включаются в рассматриваемую категорию, не могло остаться в стороне, а те явления, которые не соответствуют этой категории, не были в нее включены. Наконец, необходимо, чтобы вытекающие из этой процедуры юридические следствия были применены к комплексу гипотез, которые охватывает данная категория, и отличались от юридических следствий, характерных для близких категорий. Другими словами, *определение критериев юридических категорий состоит в том, чтобы выделить, с одной стороны, черты, общие для всех видов юридических явлений, объединяемых этими категориями, и, с другой стороны, черты, посредством которых виды юридических явлений, образующих различные категории, отличаются от других.* Следуя такому определению, имущество, недвижимое по назначению, будет отличаться от имущества, недвижимого по природе, поскольку не имеет постоянного места, и от движимого имущества, поскольку неотделимо от имущества, недвижимого по природе. Статус такого имущества предполагает одновременно общее назначение с имуществом, недвижимым по природе, к которому оно прикрепляется, или связь с одним и тем же жильем и одним и тем же владельцем. Тем не менее иногда определение критериев вызывает дискуссии. Так, существуют сомнения относительно необходимости включения или невключения суверенитета в число обязательных атрибутов государств, хотя их правоспособность как юридических лиц никогда не подвергается сомнению. Речь идет не только об уточнении контуров какой-то юридической категории, но и об ее обособлении от других групп

явлений, от других типов имущества или других государственных образований, как в приведенном примере. Таким образом, любая попытка определения юридических категорий должна включать анализ комплекса известных явлений и их классификацию по группам путем сравнения и с использованием *критериев общности*, объединяющих различные элементы каждой категории, и *критериев различия*, помогающих противопоставить категории друг другу. Критерии общности заключаются в выведении характерных сходств, критерии различия — в выведении значимых отличительных черт. Роль волевого фактора — критерий сходства различных юридических актов, поскольку именно этот критерий служит базовым при установлении аналогии между всеми формами юридических актов. Критерием общности, по которому идентифицируются взаимобязывающие договора, выступает взаимность обязательств. Расхождения между отдельными категориями проявляются, наоборот, в том, что в составе одних категорий отсутствуют элементы, характерные для других категорий, или, скорее, в возможности применения обратного критерия. Категория ответственности субъектов предполагает нарушение; объективная ответственность — это ответственность, не связанная с нарушением. Процедуры разрешения исковых споров предполагают тяжбу; процедуры особых споров (в гражданском процессе) — отсутствие тяжбы...

194. Как было сказано, критерии сходства всех единиц некоторой категории и критерии разнородности данных единиц с единицами другой категории должны быть четко установлены. На одном и том же уровне категориального анализа следует опираться на какой-то один признак, который противопоставляет одну категорию другой; этот признак является выражением их природного различия, с которым связано различие режимов. Поэтому юристы вынуждены прибегать к анализу на основе *бинарных оппозиций*. Одна и та же ситуация может характеризоваться как международная, если она включает элемент, связанный с

правовым положением иностранца; эта же ситуация может рассматриваться как внутренняя, если она такого элемента не включает. Имущество может быть движимым и недвижимым. Оно может быть вещественным и невещественным. Лицо может быть правоспособным и неспособным. ... Безусловно, один и тот же объект может обладать свойством одновременно соотноситься сразу с несколькими категориями, что зависит от конкретных признаков, положенных в основу принципа классификации: одно и то же имущество может одновременно быть вещественным имуществом, движимым имуществом, общим имуществом супругов... Однако если опираться только на один из признаков объекта, его принадлежность к одной категории будет одновременно исключать возможность его принадлежности к другой, отличной от первой, категории. Нельзя быть одновременно каким-то предметом и его противоположностью. Такое имущество не может быть одновременно вещественным и невещественным или одновременно движимым и недвижимым или общим и личным. Однако одна и та же единица может соотноситься одновременно с какой-то категорией и ее подкатегориями: так, имущество может быть одновременно недвижимым и недвижимым по природе. "На определенном уровне сравнения различие отдельных элементов классификаций должно быть функцией одного и того же признака; не допускается при использовании одного и того же признака, то есть одного и того же принципа классификации, тройственность деления". Классификация актов государственной власти, различающая законы, регламенты и индивидуализированные акты, была бы неточной: в такой классификации были бы смешаны два различных критерия, видимых с разных точек зрения: критерий, который среди общих и абстрактных положений государственной власти различает те, которые порождаются парламентом, и те, которые порождаются органами регламентарной власти, и, с другой стороны, критерий, который противопоставляет инди-

видуализированные акты общим и абстрактным положениям. Ошибкой было бы также делить юридические явления на классы юридических фактов, юридических актов и договоров, поскольку договора являются всего лишь разновидностью юридических актов. Нельзя, наконец, обосновывать необходимость тройственного деления присутствием разнородных элементов в рамках одной ситуации. Права на интеллектуальную собственность, например, права автора литературного произведения и произведения искусства, — это пример гибридных прав, которые соотносятся одновременно с имущественными правами и неимущественными правами, поскольку они одновременно включают право имущественного и право морального свойства; таким образом, эти права не соответствуют базовой категории, и, следовательно, было бы некорректно устанавливать принцип троичной оппозиции при классификации имущественных прав, называя элементами одного уровня имущественные, неимущественные права и право интеллектуальной собственности. Этот пример ясно свидетельствует о том, что юридический категориальный анализ должен строиться исключительно на бинарных оппозициях и что классификации, основанные на троичных или многочастных оппозициях, есть плод методологической ошибки, допущенной в ходе отбора критериев для определения категорий. Не следует также, излишне упрощая условия задачи или злоупотребляя логической строгостью, искажать реалии действительности, чтобы подогнать их под существующие категории; в противном случае возникает угроза нарушения необходимой гармонии права и жизни. Использование юридических категорий требует соответствующей методологии.



## 2 ЮРИДИЧЕСКИЕ КАТЕГОРИИ И МЕТОД КЛАССИФИКАЦИЙ

### Раздел

195 Способность юридических категорий отражать

явления действительности связана с особыми *свойствами*, не обладая которыми они не смогли бы впитать в себя разнообразие и отобразить эволюцию форм юридической и общественной жизни (§1). Один и тот же феномен, как правило, соотносится одновременно с несколькими категориями, *конъюнкция* которых вызывает трудности, и в то же время она необходима для того, чтобы определить режим, которому он должен быть подчинен (§2).

### § 1 Свойства юридических категорий

196. Одно из необходимых свойств юридических категорий — их приспособляемость к реалиям действительности; для того чтобы быть приспособляемыми, юридические категории не должны быть ни жесткими, ни неподвижными. Одной гибкости категорий (А), хотя она и позволяет лучше квалифицировать юридические ситуации, недостаточно для того, чтобы передать сложный характер многочисленных неоднородных явлений, которые могут быть соотнесены сразу с несколькими категориями. К тому же оценка этих отдельных категорий на сочетаемость или несочетаемость может быть осуществлена только на основе более полного и общего исследования типологии юридических категорий (Б).

#### А • Гибкость юридических категорий

197. Гибкий характер юридических категорий — одно из условий их успешной адаптации к эволюции общества.

В обществе постоянно возникают новые юридические отношения, новые виды имущества, новые технологии... Право должно их воспринимать и проецировать на юридический порядок, существующий благодаря учрежденным институтам, исправляя или дополняя их. Составители Гражданского кодекса не знали автомобиля и атомной энергии!!! Способность права воспринимать новые явления посредством существующих юридических категорий связана с дефиницией последних. Говоря о бинарных отличительных признаках и о детальных классификациях с исчерпывающим охватом юридических явлений, мы не имеем в виду закрытые категории. Необходимо, чтобы по крайней мере одна из двух антитетических категорий, основанных на одном и том же различительном признаке, была достаточно открыта, для того чтобы суметь принять новые единицы или новые понятия: *необходимо, чтобы дой классификации, где одна категория ограничительная, другая была бы остаточной*. Так, в ст. 516 ГК говорится, что "все имущество может быть либо движимым, либо недвижимым". Принято считать, что движимое имущество выступает в качестве открытой категории, охватывающей всякое имущество, которое не может в строгом смысле определяться как недвижимость. Новые виды невещественного имущества, появившиеся после принятия Гражданского кодекса и имеющие существенную экономическую ценность, такие, как клиентура, коммерческие фонды, доли и акции акционерных обществ... были классифицированы как движимость. Если движимость соответствует остаточной категории, недвижимость образует ограничительную категорию: все, что не относится к недвижимости, относится к движимости. Точно так же, согласно французской конституции 1958 г., закон выступает в качестве ограничительной категории, а регламент — в качестве остаточной. Можно добавить также, что договорные обязательства имеют ограничительный характер, а ответственность за правонарушения или неумышленные правонарушения (квази-

деликты) - остаточный, или что неправоеспособные лица образуют ограничительную категорию, в то время как правоспособные составляют общую и остаточную категорию. Однако между двумя категориями, одинаково открытыми или — что опасно из-за чрезмерной строгости — одинаково закрытыми, тоже есть различия. Иногда бывает трудно определиться с соответствующими свойствами обсуждаемых категорий. Так, принято различать имущественные и внеимущественные права. Участники преступления могут быть исполнителями или соучастниками. Интересы бывают общие и частные... Какие категории считать ограничительными, а какие остаточными? Ответ на этот вопрос часто зависит от того, как определяются принцип (категоризации) и исключения (формирование категорий помимо принципа), при этом принцип соответствует остаточной категории, а исключения — ограничительной категории. Кроме того, эволюции подвержены и сами принципы или список исключений. Исключения, накапливаясь, в один прекрасный момент становятся принципом. В либеральном обществе XIX в. частные интересы были правилом. В современном, более дирижистском по духу, обществе они становятся исключением!!

**198.** Распространенность и неоднородность новых ситуаций иногда мешает их распределению по существующим категориям. Давление со стороны фактов и новые ориентации права могут вести к переосмыслению ранее утвержденных категорий. Последние не неподвижны и допускают определенный сдвиг критериев различения. Эволюция и усиление прав нанимателей нарушают традиционное различение административных актов и распорядительных актов или различение личных прав и вещных прав. Техническая эволюция радикально меняет характер прежней классификации сервитутов, принятой в Гражданском кодексе и различавшей непрерывные сервитута и сервитута, осуществляемые с перерывами: сегодня непрерывными сервитутами считают не только "те,

пользование которыми осуществляется или может осуществляться непрерывно, и не нуждается в реальном действии человека" (ст. 588 ГК), но и те, "которые могут осуществляться сами по себе, непрерывно и посредством перманентных работ, организуемых с этой целью, хотя пользование ими носит периодический характер и включает, в моменты приостановки или возобновления пользования, участие человека". Современная эволюция социальных отношений вызвала к жизни "акты-правила", "коллективные" акты... Именно в этих явлениях следует усматривать пример пластичности юридических категорий; пластичность призвана обеспечить и поддержать необходимое соответствие права меняющимся реалиям жизни общества. Такое соответствие обеспечивается также возможностью отнести одно и то же явление одновременно с разными категориями, с которыми у этого явления есть определенные сходства. За счет многочисленности возможных комбинаций появляется возможность отобразить местный характер большинства ситуаций, но при условии, что критерии разных классификаций обеспечивают широкую сочетаемость юридических категорий друг с другом.

## **Б • Типология классификаций**

**199.** До сих пор процесс выявления юридических категорий рассматривался нами только в аспекте *простых* моновалентных *классификаций*, смысл которых сводится к тому, чтобы квалифицировать какую-либо ситуацию с точки зрения критериев, позволяющих включить ее в одну из двух категорий, составляющих оппозицию, не более того. Но если мы попытаемся квалифицировать какое-то необычное явление, опираясь на его различные аспекты, которые все без исключения могут быть использованы в качестве классификационных признаков, мы будем вынуждены отнести его одновременно к нескольким кумулятивным и не альтернативным категориям (а). Такие *комплекс-*

сные, поливалентные, классификации образуют, в зависимости от конкретного случая, равноценные категории или иерархические категории (b).

#### **а) Кумулятивные и альтернативные категории**

**200.** Поскольку всякая классификация есть основанное на бинарном принципе разделение двух категорий, которые отличаются друг от друга присутствием/отсутствием какого-то элемента либо присутствием в каждой из них одного из антиномичных признаков, эти две категории являются взаимоисключающими: это *альтернативные категории*. Так, имущество не может быть одновременно вещественным, то есть иметь материальное измерение, и невещественным, в том смысле невещественным, в каком таковым являются права, не имеющие материального состава. Ст. 516 ГК утверждает, что всякое имущество является *либо* движимым, *либо* недвижимым, то есть одно и то же имущество не может быть одновременно и движимым, и недвижимым. Категории, вытекающие из одной и той же классификации, неизбежно исключают одна другую. Если одна и та же ситуация может быть отнесена одновременно к двум категориям-оппозициям, следовательно, перед нами сложная ситуация, "гибрид", в которой смешаны разнородные элементы, сохраняющие свою природу и свой собственный режим и возможность быть противопоставленными друг другу, хотя они и оказались расположенными рядом: именно так обстоит дело с имущественными и моральными правами автора литературного произведения или произведения искусства или с должностью и финансовым положением министерских чиновников.

*В то же время юридическое явление может одновременно принадлежать нескольким категориям, восходящим к разным классификациям, поскольку такие категории, как правило, совместимы друг с другом. Здесь имеются в виду кумулятивные категории.* Имущество может быть одно-

временно вещественным и движимым или имуществом вещественным и недвижимым. Какое-то лицо может быть одновременно гражданским лицом, физическим лицом, правоспособным лицом, коммерсантом... Оно не может быть одновременно правоспособным лицом и несовершеннолетним, поскольку несовершеннолетние — это одна из категорий внутри категории неправоеспособных, то есть подкатегория, противопоставленная подкатегории правоспособных лиц. Кроме того, необходимо учитывать внутреннюю иерархию различных классификаций.

#### **б) Равноценные категории и иерархические категории**

**201.** Для того, чтобы квалифицировать лицо, имущество, институт в различных, присущих им аспектах..., необходимо выявить отдельные признаки, которые позволили бы соотнести их с существующими юридическими категориями. Таким образом, мы сможем, например, увидеть, что некоторая юридическая ситуация является чисто производной и что она связывает два лица, субъектов частного права, имеющих различное гражданство и проживающих в разных странах: мы должны будем сказать, что перед нами международный юридический акт гражданско-правового типа. Следуя по такому пути, в конечном итоге мы выявим несколько основных квалификативных признаков внутри категорий; их совмещение выражает глобальную оригинальность этой ситуации, но между ними не существует отношений подчинения, иерархических отношений. Это *равноценные (эквивалентные) категории*, поскольку ни одна из них обычно не выступает в качестве подкатегории другой категории, причем каждая из категорий строится на признаке, независимом от признаков других категорий.

Зато когда классификации, которым подвергается один и тот же предмет, осуществляются методом седиментации

(анализ идет от общего к частному, одна и та же ситуация последовательно соотносится с некоторой категорией, затем с ее подкатегориями, далее с подподкатегориями и еще с подкатегориями последних), тогда квалификационная характеристика реализуется путем соотнесения предмета с *категориями*, вступающими друг с другом в *иерархические* отношения. Юридический акт станет в таком случае договором, смесью юридического акта и взаимобязывающего договора, особого вида договоров. Одна из сторон — физическое, правоспособное лицо. Но при сравнении с другими физическими лицами оно оказывается лицом, состоящим в браке, а при сравнении с лицами, состоящими в браке, оно оказывается лицом, заключившим брак с особым режимом имущественных отношений супругов, а именно, с раздельным владением имуществом. Если к этому еще добавить, что данное лицо занимается коммерческой деятельностью и имеет французское гражданство, то в силу аккумуляции всех этих разноцветных пятен, соответствующих нескольким основным равноценным категориям и несколькими подкатегориям, входящим в каждую из категорий, станет вырисовываться партикулярный характер данной ситуации. Представленная в таком "импрессионистском" стиле, иерархия категорий не выстраивается по какой-либо абсолютно объективной и неизменной шкале.

В соответствии с преследуемой юристом целью, то есть в соответствии с проблемой, которую он пытается решить, юрист выбирает элементы, на основании которых он приступает к своим классификациям (1). Независимо от диапазона и от иерархического устройства категорий, закрепленных в позитивном праве и в традиции толкования, трактовка каждой ситуации зависит от того, на какой из рассматриваемых категорий, в соответствии с поставленной проблемой, сфокусировано внимание исследователя: при определении статуса зарубежного коммерсанта прежде

всего указывается на то, что он иностранец, поскольку именно этот признак не подчиняется общему режиму коммерсантов. В данном случае категория иностранцев будет трактоваться как подкатегория категории коммерсантов, потому что специальный закон не совпадает с общим законом и потому что существует эффект отражения изменений режима на природе вещей, даже если последняя по большому счету управляет первым (1).

## **§2 Конъюнкция категорий и поиск юридического режима**

**202.** Метод классификаций позволяет благодаря конъюнкции категорий, с которыми соотносится одна и та же ситуация, и юридических последствий, которые бывают вызваны сложными квалификационными описаниями, выявить юридический режим такой ситуации.

Однако такой результат не будет определяться исключительно последствиями квалификационных операций (А). Он зависит также от определенных коррективов (Б).

### **А • Последствия множественности оценок**

**203.** Всякое соотнесение какой-то ситуации, лица, предмета, института... с юридической категорией имеет целью и следствием ее подчинение определенным правилам, связанным с данной категорией. Неимущественное право, например, непередаваемо и неприкосновенно. Однако в результате комплексных классификаций, выражающихся в одновременном соотнесении одного и того же предмета с разными категориями, возникают трудности, поскольку все сходные правила не могут всякий раз объединяться или дополнять друг друга. Случается так, что они плохо подходят друг к другу либо их комбинация оказывается не-

(1) Ch. Eisenmann, *op.cit.*, n° 18.

прочной. Несмотря на это принято выявлять главные принципы, управляющие этой конъюнкцией.

Выявление различий между категориями следует производить в соответствии с их типом — кумулятивным или альтернативным. В случае с *альтернативными категориями*, равноценными между собой, или представленными в том числе одной подкатегорией категории, противопоставленной другой категории (1), принцип состоит в том, чтобы *квалификация одной из категорий исключала применение другой и применение правил, свойственных второй категории*. То есть следует выбирать между одной или другой.

Если все-таки обнаруживается, что одна и та же ситуация соотносится с двумя категориями одновременно, другими словами, если речь идет о *"гибриде"*, например, о собственности на литературное произведение или на произведение искусства, необходимо принимать во внимание разрозненные элементы, которые составляют эту ситуацию. В таком случае могут возникнуть три типа решений. Либо, осуществляя тщательный анализ, мы разделяем элементы противоположной природы, чтобы применить к каждому режим, соответствующий категории, которой он принадлежит: моральное право автора непередаваемо и неприкосновенно; его имущественное право передается и подвержено аресту. Либо, используя глобальный подход, мы юридически закрепляем совокупность имущества, образующую единство и наделенную соответствующим режимом: коммерческий фонд наделен своеобразным режимом относительно разнородности его конститутивных элементов и его главных характерных функций. Либо имеет место деформация атрибутов одной из категорий под воздействием аспектов другой категории, входящей в данную оппозицию:

(1) Например, односторонний договор и юридическое действие.

прежний правовой статус нанимателей недвижимого имущества в настоящее время искажен в силу установившейся прерогативы вещных идей, закрепляемых современным правом в интересах нанимателей; хотя речь по-прежнему идет об особом праве субъектов, оно теперь получило оттенок вещности, а специальные законы отступают от общих правил, не подвергая сомнению их существование.

Когда мы оказываемся перед кумулятивными категориями, арифметическое сложение сходных правил становится совершенно понятным.

204. *Кумулятивные категории* различаются в соответствии с тем, в каких отношениях находятся категории, к которым одновременно подходит один и тот же элемент, — это могут быть отношения эквивалентности (равноценность) или подчиненности (иерархичность). *Когда разные категории находятся друг с другом в отношениях иерархической подчиненности, то есть когда одни категории выступают в качестве подкатегорий других, тогда правила, характерные для каждой из этих категорий, в принципе должны аккумулироваться, с той оговоркой, что в случае конфликта специальное правило преобладает над общим*. Продажа, как юридический акт, характеризуется произвольностью, в крайнем случае осуществляется с молотка, по решению суда. Это договор, подчиняющийся по взаимному согласию сторон обычным правилам и предполагающий обязательные следствия... Это взаимообязывающий договор, к которому применимы принципы составления текста договора в двух экземплярах, оговорки об отменительном условии, об обязательности исполнения... Речь идет также об обременительном договоре, из которого исключены правила договоров, предполагающих безвозмездный характер отношений. Меновой договор, расторжение договора по причине убыточности допускается в некоторых случаях. Наконец это продажа, которая предпола-

гает заключение соглашения относительно предмета и стоимости, которые могут быть уточнены, чтобы определить режим продажи, в части предмета, в части качеств сторон, природы обязательств, которые этот договор порождает... Тот факт, что проданный предмет является недвижимостью и что одной из сторон в договоре выступил коммерсант, влечет за собой различные следствия.

*Когда рассматриваемые категории находятся в отношениях эквивалентности, правила, свойственные каждой из категорий, тоже в принципе должны дополнять друг друга.* Так, физическое лицо, правоспособное, состоящее в браке и занимающееся предпринимательской деятельностью, подчиняется одновременно праву, регулирующему статус физических лиц, праву, регулирующему юридическую правоспособность, правилам, определяющим характер имущественных отношений между супругами, и статусу предпринимателя. *Однако такое скопление прав, правил и статусов не всегда носит арифметический характер, поскольку при взаимодействии правил, свойственных отдельным категориям, могут возникнуть случаи несовместимости.* Конъюнкция правил осуществляется в данном случае преимущественно на уровне конкретных ситуаций, а не на уровне логических классификаций. Определяющим фактором конъюнкции является специфика отдельных правил по отношению к другим правилам и по отношению к императивам, действующим в данной отрасли права, например, между правом субъектов, включая обстоятельства, препятствующие выполнению ими отдельных обязанностей, и правом, регулирующим имущественные отношения.

Итак, мы констатируем, что метод классификаций, хотя и входит в арсенал средств юридической техники, не исчерпывает всех возможностей юридической техники, и что последняя вносит в этот метод свои коррективы.

## **Б • Коррективы, вносимые в метод классификаций—**

**205.** Сложный и непостоянный характер реалий действительности, так же как и многочисленность, подвижность и нечеткость отдельных юридических концептов и категорий, часто становится причиной появления различных или противоположных классификаций и приводит к применению различных режимов. Обычная слепая дедукция следствий той или иной юридической природы может привести к абсурдным и несправедливым результатам. Строгое применение правила обязательной силы договора и права каждой стороны потребовать от другой строгого применения этого правила может привести к игнорированию процесса обесценивания и отказу от теории непредвиденных обстоятельств: по прошествии трех столетий кассационный суд отказался пересмотреть налог, который должны выплачивать пользователи канала Крапон и который был установлен на уровне трех су в 1560 г. и 1567 г., хотя Государственный совет разрешил пересмотр договора концессии (1). Итак, для того чтобы верно отражать реалии жизни, необходимо, ориентируясь на чистое и простое применение метода классификаций, корректировать его путем умозаключений и выбора подходящих случаев.

**206.** Применение *целесообразных коррективов* может основываться на самых разных методах и принципах юридического рассуждения: на рассуждении, основанном на аналогии, а contrario (противопоставлении) или a fortiori (большем основании) (2), на принципе иерархии текстов. Но во всех случаях речь будет идти о корректировке рассуждения при помощи рассуждения.

Отталкиваясь от мысли, что один и тот же факт в ходе квалификации может получить противоположные

(1) Cass. Civ. 6 mars 1876 D. 18761193 note Giboulot; C.E. 30 mars 1916 Gaz. De Bordeaux D.P. 1916Ш25; S. 1916III 17noteHauriouConcl.Chardenet.

(2) См. n° 255.

характеристики и, следовательно, подчиняться различным правилам, толкователи предложили систематически обращаться к диалектическому рассуждению, поскольку именно диалектический метод утверждает, что "никакой принцип, ни по одной проблеме не провозглашается и не принимается без единовременного принятия противоположного принципа" (1). Поэтому после описания какого-то факта, акта, института, лица или предмета... и определения их юридического режима следует обращаться к описанию противоположных качеств, чтобы из них вывести соответствующий юридический режим. Такой прием выполняет роль контррассуждения, "проверки с помощью девятки" и позволяет подтвердить, опровергнуть полученное решение или сгладить его остроту. Так, одно и то же лицо при определении его обязанностей будет квалифицировано сначала как простой член акционерного общества, а затем как исполнительный директор этого же общества. Какой-то договор, для оценки следствий, вытекающих из его квалификаций и их соответствия рассматриваемой ситуации, может трактоваться как договор подряда, как трудовое соглашение или договор-поручение, а кроме того как гражданский договор и коммерческий договор. Такой метод дает совершенно определенный ориентир при выборе классификаций и правил и позволяет отбраковать откровенно неадекватные и несправедливые решения. Он позволяет дистрибутивно подойти к применению следствий двух различных квалификационных описаний, делающих акцент на различных аспектах одной и той же ситуации, на ее условиях, результатах, на ее форме и содержании... Так, двойственная — в некотором смысле договорная, а в некотором смысле институционная — природа брака позволяет дать оценку права,

регулирующего вступление в брак и расторжение брака. В то же время возможные решения зависят и от эмпирических принципов выбора.

207. Сложный характер реалий действительности, противоречия или лакуны позитивного права, влияние моральных, политических, социальных или экономических принципов... — все это факторы, в силу которых *выбор по принципу уместности* становится обязательным для успешной корректировки компонентов рассуждения или результатов, к которым данное рассуждение приводит. Законодатель, судья, юрист-толкователь, практик постоянно видоизменяют свои рассуждения, опираясь на эмпирические выводы, к которым их подводят наблюдения практического или идеологического плана. Мы уже показали пользу и опасности этого процесса, которые могут таиться в самых благородных или самых мрачных схемах, в самых справедливых или порочных идеях: "Слишком просто объявить заложников шпионами" (1). Квалификация — это "излюбленная мишень" правщиков (2), поскольку она позволяет путем использования новых классификаций устранить следствия, которые порождает соотношение двусмысленных ситуаций с юридическими категориями. Сегодня, когда благодаря достижениям науки распространение получили пересадка органов, искусственное оплодотворение, стерилизация, операции по изменению пола..., принципы, заложенные в правах, регулирующих немущественные отношения, в правах, определяющих порядок привлечения граждан к государственной службе, в праве человека на физическую и моральную неприкосновенность, подводят право к негативной оценке соответствующих действий, в то время как ссылка на принципы договорных отношений, свободы воли побуждают к тому, чтобы допустить многочисленные вмешательства в самую природу че-

(1) E. Bertrand, *Le rôle de la dialectique en droit privé positif*, D. 1951 I 151, см. *ниже*, n° 253.

(1) G. Comu, *op. cit.*, n° 196.

(2) *Ibidem*.

ловека. В связи с такой дилеммой возникает вопрос: не определяется ли выбор возможных подходов к анализу конкретных ситуаций в конечном счете соображениями идеалистической или позитивистской перспективы, моральных или религиозных концепций и объективного сциентизма? Не включаются ли возможные решения, как "политический" компромисс антиномичных подходов, в действующий юридический порядок на основании их соотношения с классификациями, принципами и способами анализа, существовавшими прежде?

- Иллюстрация

- I. Типология дефиниций

- Вещная дефиниция:

Пример: ст. 25 Гражданского кодекса. "Собственность есть *право неограниченного пользования и распоряжения предметами, // за исключением случаев, когда такое использование или распоряжение запрещаются законами или регламентами*".

Ст. 25 N.C.P.Civ. "Судья выносит решение в порядке особого производства, когда, в отсутствие тяжбы, ему на рассмотрение представлено заявление, относительно которого закон, из соображений природы данного дела или статуса заявителя, требует, чтобы оно было передано под контроль судьи".

Дефиниция процедуры особого производства = процедура, в рамках которой судья принимает решения *в отсутствие тяжбы* по вопросу, относительно которого *закон требует*, из соображений *природы данного дела* или *статуса заявителя*, чтобы он был передан под контроль судьи.

- Терминологическая дефиниция:

Пример: ст. R.III-25 Строительного и жилищного кодекса.

Ст. R\*. 111-25 — *Для применения статей 1792 и 2270 Гражданского кодекса, в их редакции, имевшей место до вступления в силу закона по 78-12 от 4 января 1978, к случаям строительства зданий, предназначенных для использования в качестве жилья, или зданий со сходными характеристиками, тип работ — крупные или мелкие — определяется в соответствии с положениями, изложенными ниже.*

Ст. R\*. 111-26 — Крупными работами признаются:

а) Работы по возведению несущих конструкций, обеспечивающих устойчивость или прочность зданий, а также всех элементов, которые входят в состав таких конструкций или образуют с ними единое целое;

б) Работы по возведению стен, кровли и элементов, обеспечивающих герметичность, за исключением их съемных частей.

Такие включают в том числе:

- облицовку стен, за исключением покраски и обоев;
- лестницы и полы, а также их облицовку, выполненную из твердых материалов;
- потолки и неподвижные перегородки;
- участки канализации, трубопроводов, разного рода труб, проложенные внутри стен, полов, потолков или составляющие единое целое с облицовкой, за исключением просто встроенных;
- неподвижные рамы лифтов и грузоподъемников;
- рамы дверей, окон, остекленных стен и застекленных потолков.

Ст. R\*. 111-27. — К мелким работам относятся строительные работы, не вошедшие в перечень крупных работ и связанные с элементами здания, которые изготавливаются, отделываются или устанавливаются предприятием, ведущим строительные работы.



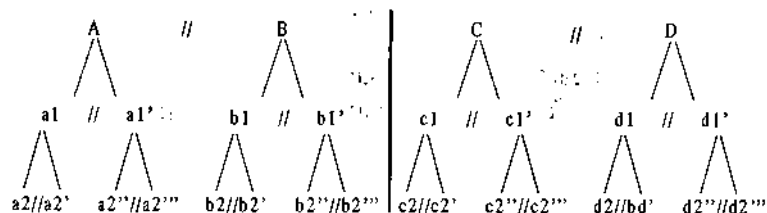
К таким элементам относятся:

- все виды канализационных конструкций, радиаторов, трубопроводов, разного рода труб, не вошедшие в перечень строительных элементов, связанных с производством крупных работ;
- съемные элементы, необходимые для ограждения и покрытия помещений, такие, как двери, окна, жалюзи и ставни.

## П. Типология классификаций

Возможны две различные классификации, например, движимого и недвижимого имущества (A // B) и вещественного и невещественного имущества (C // D).

Каждая из соответствующих категорий включает подкатегории (a1//a1', b1//b1', c1//c1', d1//d1') и подподкатегории (a2//a2', b2//b2' и т.д.)



**Альтернативные категории:** A и B при условии, что A противоположно B или A противоположно B1, которая является подкатегорией B (например, движимое имущество и недвижимое имущество или движимое имущество и недвижимое имущество по природе).

**Кумулятивные категории:** A и C при условии, что A и C принадлежат к разным классификациям и могут объединяться (например, движимое имущество и вещественное имущество; движимое имущество и движимое имущество по природе).

**Эквивалентные категории:** A и C: категории, принадлежащие к различным классификациям, при условии, что

ни одна из категорий обычно не является подкатегорией другой категории (например, движимое имущество и вещественное имущество).

*Категории, вступающие в иерархические отношения:*

A (юридический акт), a1 (договор), a2 (взаимообязывающий договор)...: категории и их специфические подкатегории или подкатегории и их родовые категории.

## III. Конъюнкция категорий и поиски юридического режима (R) какой-то ситуации (S), соотносимой одновременно с обеими категориями

### 1. Альтернативные категории

В принципе, некоторая ситуация (S) не может соотноситься одновременно с двумя альтернативными категориями и, следовательно, с соответствующими им режимами. Она соотносится либо с одной, *либо* с другой категорией и, соответственно, получает режим *либо* одной, *либо* другой из них:

$$(S = A \text{ или } S = B, \text{ но } S \text{ не } = A+B \text{ и } RS \text{ не } = RA+RB)$$

Тем не менее, есть случаи, когда ситуации соотносятся одновременно с двумя альтернативными категориями: это случаи гибридных ситуаций, которые могут быть символически обозначены тремя видами формул:

1. Членение ситуации на отдельные элементы и присвоение каждому элементу характерного для него режима (например, права автора литературного произведения и произведения искусства).

$$(S = A + B \cdot RS = RA + RB)$$

2. Глобальный подход и особый режим (например, коммерческие фонды).

$$(S = (A + B) \cdot RS \text{ не } = RA + RB)$$

3. Изменение соответствующих друг другу атрибутов и режима сопоставляемых категорий (например, права на-

нимателя недвижимости = изменение формы прав субъектов без закрепления вещного права).

$$(S = (A \ B) \cdot RS = R \ (A \ B))$$

### 2. Кумулятивные категории

- Кумулятивные и эквивалентные категории: режимы категорий в принципе могут объединяться

$$(S = A + C \cdot RS = RA + RC),$$

но в случае, когда объединение юридических режимов затруднено, специальное правило исключает общее правило или оба правила сочетаются.

- Кумулятивные категории или категории с иерархической структурой = особые правила, присущие каждой из категорий, в принципе должны объединяться (в случае конфликта специальное правило преобладает над общим правилом).

$$(S = A + a_1 + a_2' \cdot RS = RA + Ra_1 + Ra_2')$$

(Например: режим какого-то договора включает специфические правила любого договора, правила взаимобязывающего договора и правила консенсуальных договоров...)

### 3. Поправки

- Данные принципы соответствуют только базовым схемам рассуждения, основанным на методе классификаций. Они не являются ни строгими, ни неизменными и должны дополняться различными поправками, основанными на соображениях логики, опыта или удобства.

## ЮРИДИЧЕСКИЙ ЯЗЫК

208. Юридический язык в народе имеет плохую репутацию: "это язык для одурачивания простаков" СО-

Безусловно, с "юридическим дискурсом", как и с прочими научными дискурсами, имеет дело с какой-то ограниченной группой посвященных. По большому счету он обращен ко всем гражданам. Для того чтобы они понимали и принимали его, он должен теоретически совпадать с обиходным языком. Однако он должен быть одновременно более точным и не должен избегать соблюдения требований, которые предъявляет техника построения и использования юридических концептов, механизмов, предписаний и рассуждений. Специфика юридического языка заставляет лингвистов изучать его. Определение языка как "системы знаков", а семиотики как "теории знаков" открыло путь для развития "юридической семиотики", которая, в зависимости от конкретной школы, ориентируется на "логическую формализацию пропозиций или высказываний, характерных для правовой сферы", или на "построение грамматики права, под которой понимается совокупность правил, регулирующих производство и толкование тех социальных дискурсов и практик, которые имеют юридическую значимость" (1 бис). Речь идет не только об изуче-

(1) R. Lindon, *Le style et l'éloquence judiciaires* (Ed. Albin Michel), pp. 9 et s.

(1 бис) "Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit", sous la direction de A.J. Arnaud et autres, Ed. L.G.D.J. et Story-Scientia, Paris-Bruxelles, 1988, см. Sémiotique juridique; Actes du Colloque international de sémiotique juridique, Aix en Provence, Mars 1985, Rev. Rech. Jur. (P.U. A. M.) 1986-2; A.J. Greimas et J. Courtes, "Dictionnaire raisonné de la théorie du langage", Ed. Hachette, Paris 1979; A.J. Greimas et E. Landowki, "Pragmatique

ний слов, но и концептуальных структур языков права. Не вдаваясь в глубокий анализ юридического языка, мы можем показать его оригинальность и разнообразие.

В юридической сфере, где безупречная четкость правил является гарантией правовой безопасности, "слово и формула оказываются обязательными участниками" процесса выражения концептов и юридических правил (1). Тексты законов и регламентов, решения органов правосудия, договорные документы изобилуют терминами и выражениями, непроницаемыми для профана, но их юридический смысл всегда четко определен и юристы не могут без него обойтись. "Слово, которое выражает концепт, формула, которая отражает его внутреннюю структуру и возможность сочетания с другими концептами в целях образования более полной системы" (2) — это инструменты, необходимые для связи юридических понятий, норм и суждений. Таким образом, мы не можем не признать особой роли словаря, обеспечивающего успешное функционирование юридической техники. Однако, несмотря на очевидный характер потребности в специальном языке и, что также очевидно, мешающие правовому процессу лингвистические неясности, остается вопрос о существовании специального юридического языка, то есть специального способа выражения юридической мысли и юридической реальности; такой способ должен включать формы, присущие общему языку, и элементы, для него чуждые (3).

Известно, как трудно бывает отделить мысль от ее вербальной формы, однако их различие носит принципи-

альный характер. Разработка юридического правила, зарождение и развитие концептов происходят в недрах науки о праве; язык выступает всего лишь инструментом-формой, в которую они облачаются и в которой они передаются: язык опирается на юридическую технику и остается не более чем рабочим инструментом. Безусловно, в настоящее время язык уже не имеет той символической, образующей силы, которая раньше делала его главной составной частью механизма оформления юридической власти. Хотя мы можем выявить в общем языке и обособить технический язык, приспособленный к задачам и условиям использования права, партикуляризм такого языка больше не вызывает критики, даже если он в какой-то мере непонятен для непосвященного человека. Большую опасность несут в себе попытки вульгаризации языка права, поскольку они ведут к утрате им точности и цельности. Как и любая наука, право имеет свои методы, свои принципы и свои концепты. Поэтому здесь никак не обойти вопрос языка. Чтобы точно определить роль языка в разработке и применении права, необходимо проделать одновременно работу юриста, философа, грамматиста и лингвиста. Такие попытки предпринимались (1); мы в данной работе ограничимся поверхностным анализом языка права, принимая во внимание единственную плоскость исследования, а именно требования, которые предъявляет языку юридическая техника. Отсюда вытекает перечень интересующих нас проблем. Это юридическая терминология (Раздел 1) и фразеология (Раздел 2).

(Продолжение 1 бис) et sémiotique", Actes sémiotiques, Documents, V, 50, 1983; R. Carrion-Wam, "Semiotico-Juridica", in D. Carzo et B.S. Jackson (eds) "Semiotics, Law and Society", Reggio-Rome, Gangemi, 1985.

(1) F. Gény, *Science et technique en droit positif*, T. I, no 51.

(2) *Ibidem*.

(3) J.L. Souriou et P. Lerat, *Le langage du droit* (P.U.F. 1975), nos 1 et s.

(1) J.L. Souriou et P. Lerat, op. cit., см. также *Archives de philosophie du droit*, T. XIX (1974): "Le langage du droit", préface M. Villey.

**209** Терминология — это совокупность техниче-

ских слов, используемых в какой-то отрасли науки или в искусстве. Необходимость в четкой терминологии испытывает законодатель, судья, юрист-практик, толкователь законов... Чтобы понять смысл текстов законов, чтобы заложить в них решение какой-то правовой проблемы, необходимо, чтобы слова соответствовали концептам, содержание которых, как известно, четко и определено. Необходимо, чтобы каждый юридический концепт мог получить дефиницию и обозначался соответствующим термином. Дефиниция концепта в таком случае становится и дефиницией смысла слова. Таким образом, юридические термины, обозначая концепты, должны выполнять функцию "этикетки или алгебраического знака" (1). Нормой юридической семантики является такая ситуация, когда с каждым словом соотносится особая идея. Так, слово, заимствованное из общеупотребительного языкового фонда, в результате ряда уточнений может приобрести специфический смысл либо избегаться в юридическом обиходе в пользу другого слова, принимающего на себя функцию соответствующего юридического термина. Точно так же юридическая дефиниция более совершенна тогда, когда она более полно и с большей нюансировкой анализирует какое-то одно понятие, и юридические термины более адекватны обозначаемому ими предмету, когда они выражают только одно понятие. Сегодня эти требования становятся еще более актуальными, поскольку развитие информатики обязывает юристов проявлять в ходе своей работы, при раз-

(1) Ch. Eisenmann, "Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en Science juridique" in *Arch. de Philo. du droit*, T.XI, 1966, pp. 25 et s., nos 2 et s.

работке и использовании "абстракций", фигурирующих в их профессиональном "тезаурусе", строгость, сравнимую с математической. Итак, чтобы выполнять свойственные для себя *функции* (§1), юридический словарь должен был впитать в себя дух партикуляризма (§2).

## §1 Особые функции юридического словаря

**210.** Функция юридического словаря состоит в том, чтобы удовлетворять определенные требования, связанные с качеством юридического правила (А) и с его трансляцией (Б).

### А • Качество юридического правила

**211.** Юридическое правило, как суждение, предназначенное для внедрения некоторого правила поведения путем общественного принуждения, должно обладать набором определенных качеств: целостность, упорядоченность, точность и ясность. Если данное правило будет содержать двусмысленные или недостаточно определенные юридические концепты, оно будет неубедительным; в таком случае очень трудно будет предвидеть возможное разрешение тяжбы, поскольку смысл используемого понятия и значение соответствующей нормы будут зависеть преимущественно от субъективной оценки судьи. В то же время для того, чтобы какое-то слово могло получить дефиницию, необходимо, чтобы были известны и выражаемые этим словом реалии, и их значимость и следствия, а для этого данное слово должно выражать только один концепт с четко определенным содержанием или оно должно быть объектом соответствующей дефиниции. Французское слово "compromis", обозначающее одновременно предварительное соглашение о договоре продажи (запродажу), соглашение об арбитраже и соглашение между государствами,

неадекватно условиям юридического общения, поскольку оно не соответствует какому-то одному уникальному концепту. *Надежность (однозначность) языка* иногда более важна, чем его соответствие отдельным нюансам реальной действительности. Принцип "nullum crimen sine lege" так и остался бы непризнанным, если бы закон формулировался в терминах, неясных до такой степени, что судья сам должен был бы определять, под который вид преступления подходит данное действие, и вид соответствующего наказания (1). Неоднозначность права — это большое зло, поскольку она дополняет существующий беспорядок в поведении людей (на уровне реальной действительности) беспорядком на уровне норм. Как сказал один ученый, лучше отсутствие правила или критикуемое правило, чем неоднозначное правило (2). Безопасность права предполагает наличие достаточно строгого аппарата концептов и не менее строгой терминологии. Безопасность не может удовлетворяться принципом "полной открытости права", когда-то восхвалявшимся в Германии, и не должна иметь ничего общего с принципом "юридического экзистенциализма", основанным в большей мере на "ситуационном праве", чем на нормативном праве. Итак, несмотря на то, что слова, используемые в обиходной речи, меняют смысл и зависят от превратностей жизни, смысл юридических терминов должен быть однообразным и устойчивым. Функция юридических терминов заключается только в отображении понятий, посредством которых выражаются реалии действительности. Новые реалии должны сливаться с уже существующими понятиями и выражаться посредством известных терминов. Если это невозможно, необходимо вводить новые понятия, закрепляя за ними соответствующий смысл, и новые слова. При этом следует помнить, что изменение природы понятий и терминов очень опасно. Эволюция

(1) J. Dabin, *Théorie générale du droit*, no 249.

(2) J. Dabin, *op. cit.*, no 232.

юридического словаря должна быть логически обоснована; она не может развиваться беспорядочно. В принципе необходимо также, чтобы словарь был *точным*, иначе говоря, используемые слова должны иметь до такой степени "очищенный смысл", чтобы их можно было легко распознать и так же легко установить, что эти слова обозначают. Наименование какого-то наказания или какого-то действия, например, ростовщичества, должно быть точным и недвусмысленным. Когда уточнение отсутствует, юристы усердствуют, чтобы прийти к желаемому результату при помощи соответствующих концептов и уточняющих терминов. Объясняя значение слова "проступок", они создают целые каталоги с описанием преступных действий. Впрочем, иногда специалисты вынуждены отказаться от любой точной дефиниции, когда имеют дело с чисто качественными концептами, которые понимаются лучше, чем определяются. Оскорбление супруга, когда-то повод для развода, правила приличия, добропорядочный отец семейства... все эти выражения используются как юридические понятия, но не имеют точного смысла; их подвижность есть отображение подвижности обозначаемых ими понятий, которые, как следствие, право признает малопригодными для применения; в идеале такое выражение должно обеспечивать надлежащее толкование всех ситуаций, даже непредусмотренных существующей системой права. Случаи умышленного привлечения таких понятий, неустойчивых и "мягких", что свидетельствует о чрезмерной строгости словаря, можно считать исключениями, а в целом необходимо, чтобы терминология была достаточно точной и обеспечивала обозначение какого-то вида явлений, не имеющего своего рода, и различий — на уровне природы явлений или на уровне режимов — указанных или предписанных юридическим порядком. Не следует обращать особое внимание на то, что непосвященный не понимает смысла каждого термина. Более важно, чтобы каждый термин имел свое собственное значение: народ не видит разницы между задатком и аван-

сом, а юрист усматривает здесь разные концепты и режимы, которые никак нельзя путать.

Закон, как кажется, более, чем какой-либо другой источник права, гарантирует корректность юридического языка благодаря своему обобщающему характеру, своей силе принуждения, своей устойчивости и своим способам разработки. Но тот же закон более, чем другие способы выражения права, нуждается в особой трансляции.

## **Б • Трансляция юридического правила**

**212.** Как и любой язык, юридический язык выступает средством уточнения и сообщения мыслей. Но он только посредник, инструмент, при помощи которого у тех, к кому он обращен, можно вызвать мысль, аналогичную мысли тех, кто этот язык употребляет (1). Проблема состоит в том, чтобы выяснить, должно право использовать разговорный язык или специальную терминологию. На первый взгляд может показаться привлекательной идея формулирования законов на разговорном языке, что обеспечит доступность этих законов для среднего гражданина. Однако неизбежно сложный характер юридического правила делает несбыточной мечту о том, что средний гражданин, не имея специального юридического образования, сможет понять тексты, просто прочитав их, не понимая связей этих текстов со всей структурой юридической системы. Наихудшим вариантом языковой путаницы можно считать тот, при котором обычное слово используется правом в особом смысле. Но рано или поздно нужно находить компромиссное решение: разговорная речь предпочтительна из соображений удобства и ясности — когда ее арсенал слов достаточен для решения задач права; но если возникает опасность возникновения смысловой двойственности (из-за использования обычных слов), на помощь ей должна прийти спе-

циальная терминология (1). Юрист черпает в обиходной речи средства более легкой трансляции юридического правила в плоскость социальной жизни. Он извлекает из него выражения, необходимые и достаточные для передачи глубинного и специфического смысла юридических концептов. Таким образом рождается "технический язык, опирающийся на обиходный язык, но одновременно уточняющий его термины и формы, иногда искажая их смысл, а при необходимости полностью перенося их в новую область применения; таким образом возникает идиома, специально адаптированная для использования в соответствующих целях; появление такой идиомы свидетельствует об окончательном обособлении технического языка на фоне путаных, неясных и двусмысленных выражений обычной речи" (2).

Итак, мы выяснили, что язык является главным инструментом использования позитивного права; именно язык призван обеспечить внедрение в практику правил поведения, предписываемых законом. Именно слова и фразы делают понятными юридические предписания. Именно посредством языка они распространяются в народе. Языковое оформление концептов и правил выступает условием "реализуемости" права. Данная техническая роль языка проявляется на всех уровнях использования права: законодательство, судебная практика, общая юридическая практика, толкование законов и норм. Задача законодателя состоит в том, чтобы ввести правило в текст закона, редакция которого носит общий характер, и чтобы, следовательно, сообщить это правило тем, кому оно адресовано. В зависимости от того, какие требования предъявляются к правилам, они могут быть более строгими или более мягкими, более или менее приспособляемыми к разным ситуа-

(1) F. Géný, *op. cit.*, Т. III, no 256.

(1) R. Houin, "De lege ferenda", in *Mélanges Roubier* (Daloz 1961), Т. I, pp. 272 et s., **not.** P. 286.

(2) F. Géný, *Ibidem*.

циям, более общими или более конкретными, более стабильными или меняющимися..., терминология может быть более или менее точной или неточной. В связи с этим возникает проблема отношений между законодателем и судьей. Точный текст закона порождает безопасность на уровне юридических отношений, но может искусственно сужать реальную картину конкретных, индивидуальных ситуаций. Менее точный текст обеспечивает меньшую юридическую безопасность граждан, но позволяет судье вынести решение, более подходящее к реальным фактам. Степень точности используемых слов уменьшает или увеличивает свободу суждения судьи. Такие слова, как "третье лицо", "правонарушение", — яркое тому свидетельство. В то же время представляется целесообразным вводить дополнительное определение в случаях, когда технический смысл слова не вполне ясен (1). В таком случае уже сам судья, реализуя свою функцию применения общего правила к частным случаям, должен вынести решение в ясных и точных терминах. Точно так же адвокат должен будет выразить волю или аргументы сторон точным с технической точки зрения и недвусмысленным языком. Толкователь закона должен будет выявить смысловое содержание слов или предложить терминологию, способную отобразить конкретные концепты. Природные связи между правом, его толкованием и применением требуют, не взирая на разнообразие профессиональной практики, единства юридической терминологии. В идеале все юристы должны говорить на одном языке.

## § 2 Своеобразие юридического словаря

**213.** Необходимая цельность юридического словаря и специфический характер его функций объясняют его парти-

куляризм, который проистекает из способа его формирования (А) и выражается в его структуре (Б).

### А • Истоки юридического словаря

**214.** Разговорный язык — это общий фонд, из которого питается любой специальный язык. Последний постоянно развивается, принимая вид языкового обычая, который, в зависимости от потребностей и складывающихся привычек, сохраняет разговорный словарь, уточняя или искажая смысл слов, или создает специальные термины. Принято различать два типа юридических терминов. Те, которые обозначают средства юридической техники, могут быть отнесены к результатам работы юристов и принадлежат скорее научному языку (юридический акт, акт передачи права собственности, презумпция, узакония (приобретение права собственности по давности владения — **прим. пер.**), капитализация процентов...). Термины, обозначающие юридические институты, наоборот, ближе языку непосвященных людей (брак, развод, договор...) (1). Однако такой принцип различения носит искусственный характер. Не такто просто отличить технические средства от институтов. Юридический словарь содержит слова, заимствованные из разговорной речи, которые изменили свой смысл по отношению к тому, который имели в обычном языке (отсутствие, исчезновение, владение, преимущество, бремя...). Есть в словаре такие термины, которые, используясь в сфере права, приобрели особый смысл (чистосердечность, моральное право...), или термины, смысл которых автономно эволюционирует в юридическом обиходе (собственность, предприятие...). Наконец, можно назвать юридические термины, которые, проникнув в разговорную речь, утратили специфику смысла, превратились в просторечные слова. В действительности право, заимствуя свой словарь у общего

(1) R. Houin, *op. cit.*, pp. 286 et s.

(1) P. Roubier, *Théorie générale du droit* (2e éd. 1951), no 13.

языка, извлекает из него термины, наиболее приспособленные для выражения юридических понятий с необходимой степенью точности. Однако при употреблении этих слов в их обычном смысле они не удовлетворяют требованиям, которые предъявляются к юридической технике и репрезентации правовых концептов. В условиях юридического языка они утрачивают свой общий смысл и приобретают четко определенный смысл. Слова "бремя", "титул", "преимущество", "стороны", "третье лицо", "солидарность", "обязанность"... в юридическом языке имеют смысл, отличный от того, который они имели или имеют в разговорной речи, откуда и были взяты. Юрист имеет в своем распоряжении бесконечную массу общеупотребительных понятий, не обладающих особыми чертами, как, например, рождение, смерть, использование вещей... Затем эти "банальные" понятия трансформируются в чисто юридические понятия в силу специфики, которой их наделяет право. Рождение и смерть становятся фактами гражданского состояния и влекут за собой самые разнообразные следствия; уточняется характер использования вещей, и в результате мы имеем держание (зависимое владение), пользование, владение (1). Таким способом образованные и поименованные юридические понятия получают свое содержание из правил юридической системы. А связи, которые эта система поддерживает с другими системами и науками, говорят о том, что юридический словарь у них также заимствует свою терминологию.

215. Таким образом, этические, экономические, политические, математические, физические, биологические термины... проникают в юридический словарь: кредит, обращение имущества, рынок, правила приличия, общественный порядок, администрация, серологический анализ, пересадка органов, децибел, отвод воды... все эти слова используются в языке юристов. Прежде нередко подавались сигналы об

(1) F. Gény, *op. cit.*, Т. III, no 258.

опасности, которую таит в себе включение в сферу права терминов, взятых в других технических языках. Эти понятия и эти слова больше других сопротивляются "строгой точности, постулированной юридическим порядком, и сохраняют, несмотря на адаптацию к условиям права, техническое несовершенство", которое им было присуще, когда они употреблялись в тех научных сферах, откуда происходят (1). Так, термин "администрация", используемый в большом количестве текстов частного права и государственного права, не отличается однородностью смысла. Термины "ценность", "предприятие", "капитал", "кредит" также не представляются юристу достаточно точными. Тем не менее в юридическом языке можно обнаружить три типа слов: слова, заимствованные в разговорной речи, слова, которые восходят к другим отраслям знаний, и чисто юридические термины.

Юридическая терминология часто имеет древнегреческое или латинское происхождение. Существенная часть слов, используемых для обозначения юридических институтов, происходит из греческого (демократия, монархия, олигархия, политика...) или из латыни (республика, конституция, легислатура, режим, сенат...). Такого рода влияния обнаруживаются в большом количестве во всех отраслях права: ипотека, акт, кодекс, контракт... Влияние римского права имело решающее значение в процессе формирования французского юридического словаря. В некоторых случаях юридический словарь заимствует термины из современных иностранных языков. Из итальянского были заимствованы финансовые и коммерческие термины, такие, как банк, банкротство... из английского такие слова, как бюджет, чек, комитет, жюри, гарантия... И все эти слова вошли во французский язык, адаптируясь к новой среде\* (2).

(1) *Ibidem*.

\* Термины даются в русском варианте (*Прим. пер.*).

(2) J.L. Souriaux et P. Lerat, "La langue du droit", *op. cit.*, pp. 15 et s.



В отличие от этого другие слова были напрямую введены во французскую языковую практику без изменения изначальной формы. Например, слова "factoring", "leasing", "lockout", "know-how" и многие другие. Государственные власти отреагировали на такую экспансию, опубликовав среди положений, предусмотренных декретом от 7 января 1972 г. и нацеленных на пополнение французского языка, список слов и выражений, часть которых имеет самое непосредственное отношение к юридическому словарю. Законом от 31 декабря 1975 г. предписывалось употребление в большом числе ситуаций французского языка и запрещалось использование иностранных выражений в тех случаях, когда вместо них могли быть использованы французские эквиваленты. Тогда слово "affacturage" стало использоваться вместо слова "factoring"; вместо слова "leasing" стали в обязательном порядке использовать слово "crédit-bail"... Хотя такое стремление заслуживает одобрения, нельзя пытаться упростить юридический язык, поскольку тогда возникает риск нарушить необходимые для него ясность и точность.

## Б • Структура юридического словаря — — — — —

**216.** Юридический словарь содержит, главным образом, имена действий (например, "размежевание" от глагола "размежевать") и имена действующих лиц (сторона, судья, контрагент...).

Недавний технический анализ "языка права", из которого были почерпнуты нижеприведенные примеры, показывает, что юридический словарь содержит "слова-основы", "дериваты" и "сложные слова" (1). "Слова-основы" — это большая группа юридических слов с простой основой, которые составляют главный фонд юридического словаря и, обозначая институты, акты, агентов, средства юридической техники..., происходят из древнегреческого или из латы-

(1) J.L. Souriaux et P. Lerat, *op. précit.*

ни, из разговорной речи, из иностранных языков. "Дериваты" образуются из "слов-основ", к которым добавляются префиксы или суффиксы. Следует отметить, что деривация как словообразовательный прием, в общем языке и в специальном юридическом языке эволюционирует по-разному и партикуляризм последнего становится все более заметным. Правовая сфера сохраняет почти весь свой исконный словарь, тогда как для разговорной речи сегодня характерно усиление тенденции образования слов путем деривации. Если научный суффикс "-isation", часто используется во всех научных языках, так же не чужд правовой сфере (budgétisation), то другие суффиксы, используемые в языке права, специфичны именно для него. Общая тенденция на постепенное уменьшение случаев образования новых слов при помощи суффиксов (-ise, -ence, -ance, -itude, -esse, -ure, -erie, -is, -oire) нехарактерна для юридического словаря, где среди новообразований много слов с суффиксом -oire (absolutoire, comminatoire, possessoire...), -ure (candidature, facture, primogeniture...), -age (concubinage, achanalage...), -aire (fiduciaire, référendaire, commanditaire...), -if или -ive (adoptif, acquisitive, exécutif, législatif...); неизменным остается регулярное использование в качестве существительных действительных причастий (belligérant, adoptant, commetant...) или страдательных причастий (accusé, condamné, détenu...). Точно так же обстоит дело с префиксальным способом образования юридических терминов, для которого характерно обращение к редко используемым элементам, как префикс co- (co-auteur, cohéritier...), contre- (contredit, contrefaçon, contreseing), non- (non-cumul, non-rétroactivité), sous- (sous-location, sous-traitant...), sub- (subornation, substitut...), sur- (surenchère, surestarie, surnom...) или pré- (préavis, préciput, prescription...).

"Сложные слова", входящие в юридический словарь, также имеют свои морфологические и синтаксические особенности. Для некоторых из них характерна языковая

смешанность (*appel a minima, action de in rem vero, tuteur ad hoc...*), "использование производной основы" (*avancement d'horie, huis clos...*) или "регрессивное образование", состоящее в том, что к дополняемому слову спереди присоединяется дополняющее (*jurisdiction, litispendance...*). Синтаксические особенности представлены элизией некоторых союзов (*dommages-intérêts*) или последовательным соединением прилагательного и существительного или определяющего и определяемого слов (*blanc-seing, amiable-compositeur...*). Более часто отмечаются случаи, когда сложные слова образуются в соответствии с обычными характеристиками технических словарей: существительное и относительное прилагательное (*assistance éducative, héritier réservataire...*), два существительных, связанных служебным словом "de" (*fonds de commerce, frais de justice, commissaire de gouvernement, chef de l'Etat...*), или "устоявшиеся выражения" (*atteinte à la sûreté de l'Etat, recours pour excès de pouvoir, mise en demeure...*).

Все эти разные терминологические структуры происходят из природы юридических механизмов. Использование суффикса *-oire*, в частности, свидетельствует о том, что идет процесс создания инструментов (*action possessoire*); префиксы (см. выше) выражают отношения сотрудничества, противопоставление или иерархию, которые характерны для юридического материала. Сложные слова передают технические понятия. Для юридической терминологии так же, как и любому техническому языку, характерны закрытые системы (*conventionnel/légal, ascendant/descendant*), образованные парами слов, или открытые, обеспечивающие согласование с эволюцией в сфере права (*Cour d'appel/d'assises, de Cassation/des comptes..., mandat d'ameer/d'arrêt/de comparution, de dépôt...*).

В то же время следует отметить, что юридическому языку не удается избежать двух неудобств, каковыми явля-

ются "омонимия" и "полисемия". Омонимия предполагает наличие двух идентичных по форме слов, дефиниции которых не имеют общих частей: правовое и прочие значения формы *parquet*\* не имеют между собой ничего общего. Полисемия представлена случаями, когда один и тот же термин соответствует нескольким дефинициям, имеющим общую часть. Кроме того, есть случаи, когда одни и те же юридические термины имеют несколько различных значений, несмотря на наличие элемента общей дефиниции (отсутствие, вклад, компромисс...). Однако все эти сложности разрешаются благодаря использованию юридических словарей или специальных справочников; необходимость их использования ощущают не только простые люди, но и юристы-профессионалы, как при чтении, так и в целях квалифицированного редактирования юридических текстов. Помимо специализированных справочников французский читатель располагает только "юридическим вокабюлером" Капитана, который в настоящее время основательно переработан коллективом юристов, возглавляемых Жераром Корню (1), и "справочником юридических терминов" Гийена и Винцена. Поэтому крайне желательным представляется окончание соответствующих работ, проводимых сегодня во Франции и за ее пределами, а также разработка двуязычных или даже многоязычных словарей. Требования, связанные с внедрением в настоящее время компьютерной обработки правовой информации, заставляют работать в этом направлении. Партикуляризм юридического словаря дополняется партикуляризмом юридической фразеологии.

\* В праве *parquet* означает "прокуратуру, прокурорский надзор"; в строительстве и проч. — "паркет"...

(1) G. Comu, "Vocabulaire juridique", Ed. P.U.F., Paris 1987.

217 Юридический язык не однородная масса. Он питается от языка римского права, от общего языка, от научной юридической традиции формулирования терминов, от словарей различных технических дисциплин, а теперь еще и от тенденций развития информатики... Возможности юридического языка определяют традиционные и новые средства коммуникации; но как и у любого другого языка, у него есть пронизывающий всю систему стержневой каркас, структуры которого не поддаются свободной модификации. В то же время можно констатировать использование в разных юридических текстах и представителями разных направлений права различных типов формулировок и стилей, и прежде всего это видно на сравнении нормативных актов и текстов из сферы применения права, хотя такое различие не может быть перенесено на юридические системы "обычного права". Таким образом, можно выделить юридические языки законодателя, судьи, канцелярский язык, язык нотариусов, которые находятся под воздействием соответствующих традиций и определяются практическими соображениями. Стиль закона, стиль толкователей, стиль приговоров и стиль нотариальных актов имеют свои особенности (1).

(1) P. Mimin, *Le Style des jugements* (Ed. Librairies Techniques 1962); R. Lindon, *op. cit.*; G. Kalinowski, "Sur les langues respectifs du législatuer, du juge, et de la loi" in *Arch. de Philo. du Droit*, T. XIX (1974), pp. 63 et s.; F.M. Schroeder, "Le nouveau style judiciaire" (Ed. Dalloz 1978). Несколько иная классификация дана в J. Wroblewski, "Les langages juridiques: une typologie", "Droit et Société" 1988, no 8, p. 13 et s. О стиле текстов законов см. L.P. Pigeon, "Rédaction et interprétation des lois", Éd. Officiel du Québec, 1978; M. Sparer et W. Schwas, "Rédaction des lois: rendez-vous du droit et de la culture", Ed. officiel du Québec, 2<sup>o</sup> tirage 1980.

Впрочем, желательным остается единство языка; задача унификации осложняется тем, что нет ответа на вопрос, какой из юридических языков объективно лучший. Самое большее, что мы можем, это выделить некоторые постоянные черты строения фраз (§1) и попытаться дать описание юридического стиля (§2), указав на его достоинства, недостатки и определить, таким образом, желательный путь развития.

## §1 Структура юридической фразы

218. Формулировки часто рассматриваются как основная часть юридического языка. Даже учитывая определенную мифологизацию роли формулировок, следует признать, что их качество определяет адекватность передачи юридического содержания, которое необходимо выразить: добротная редакция формул содействует повышению ценности правил, смысл которых эти формулы и призваны передать. Формулировка юридического правила в принципе должна быть прямой по смыслу (не образной) и иметь повелительную форму. Иногда она выглядит формальным отражением излагаемого правила: выражение презумпций убедительный тому пример (1). Опираясь прежде всего на тексты законов, мы можем, следуя за г-ми Суриу и Лера (2), остановиться на "юридическом высказывании" (А) и "юридическом значении" (Б).

## А • Юридическое высказывание

219. Юридическое высказывание, то есть использование юридического языка в каком-то акте, отражает установку автора высказывания по отношению к содержанию

(1) P. Roubier, *op. cit.*, no 13.

(2) *Op. précit.*, pp. 44 et s.

высказывания и содержит лексику описания поступков, характерную для языка права.

**220.** *Возможные установки автора по отношению к своему тексту* образуют ограниченный спектр и оформляются и выражаются при помощи безличных форм, отрицания, ссылок и правил поведения, которым лингвистика приписывает различные "признаки" (1).

*Нормативное высказывание, как правило, безлично*, при этом субъект действия представлен юридическим концептом, а не определенным лицом. В таких случаях для грамматического оформления фразы используются пассивная форма (например: "чистосердечие всегда предполагается...": ст. 2268 Гражданского кодекса Франции) или фраза с пассивным (бездеятельным) смыслом (например: "любая обязанность делать или не делать что-либо автоматически аннулируется после возмещения убытков...": ст. 1142 Гражданского кодекса Франции) или безличные выражения, в состав которых входит так же безличный субъект и глагол в пассивной форме и которые встречаются прежде всего в современных текстах и применяются в юридической практике.

*Конструкция с отрицанием* не менее характерна для высказывания, где излагаются какие-то принципы (например: "никто не имеет права нарушать закон"), и обретает ограничительный оттенок значения, когда норма включает одновременно правило и исключение из этого правила (пример: "никто не может быть усыновлен несколькими лицами, если это не супруги": ст. 346 Гражданского кодекса Франции).

*Ссылка*, или локализация в тексте, — прием, довольно часто используемый при составлении законов и в актах; ссылка указывает на взаимосвязанность отдельных мест закона, но это не значит, что фразы должны применяться в таком сжатом виде. Юридические тексты изобилуют такими выражениями, как "нижеследующий", "нижеподписавшийся", "указанный выше"...

(1) J.L. Souriou et P. Lerat, *ibidem*.

Наконец, *правило поведения*. В распоряжении составителей текстов достаточно узкий спектр логических смыслов фраз: это может быть выражение обязательности каких-то действий (например: "супруги должны быть верны друг другу, помогать друг другу, проявлять взаимное участие": ст. 212 Гражданский кодекс Франции), запрет ("владелец дебетового фонда, переданного в ограниченное использование, не может предпринимать действия, которые ведут к уменьшению прибыли, извлекаемой из пользования этим имуществом...": ст. 701 Гражданского кодекса Франции), разрешение ("... супруг имеет право...": ст. 217 Гражданского кодекса Франции) или возможность ("... судья может увеличивать или уменьшать меру наказания...": ст. 1152, абз. 2 Гражданского кодекса Франции).

**221.** С другой стороны, юридический язык — это *язык действий*. При помощи юридического языка выражаются обязательства, констатации или решения, подлежащие исполнению. Для *личных обязательств*, высказываемых лицами, которые их на себя принимают, характерно использование личного местоимения в форме первого лица, за которым следуют определенные глаголы в изъявительном наклонении настоящего времени: "я завещаю...", "я обязуюсь...", "я признаю...". Сюда же следует отнести формулы, типа: "мною прочитано и заверено...". Только таким образом оформленные предложения содержат обязательства в собственном смысле слова, поскольку видно, что они проистекают от самого лица, принимающего их на себя и заверяющего их своей подписью.

Когда с глаголом, обозначающим вид юридического акта, например, все то же обязательство, используется личное местоимение третьего лица, мы имеем дело с *актом или протоколом, составленным официальным юридическим органом*, функция которого состоит в констатации приво-димого факта: например, X ... "заявил...", "согласился...", "признал...", "высказался за...", "вступил во владение...".

*Решения, подлежащие выполнению*, также оформляются в третьем лице или при помощи официального "мы", которое является выражением единого субъекта, действующего в качестве стороны в процессе. Число используемых в этих случаях глаголов весьма ограничено, и они варьируются в зависимости от вида документа: в текстах законов, регламентарных актов, в решениях судов используются разные глаголы. Так, мы читаем: "Президент Республики постановил...", "Суд отменил (кассировал)...", "Мы, председатель суда ... признаем законным..." (1)\*. Если юридическое высказывание действительно имеет свои правила построения и эти правила могут быть представлены в виде схемы, если оно опирается на ограниченный словарь, состоящий из терминов, значение которых общепризнано, логично было бы предположить, что смысл юридических текстов может быть без особого труда идентифицирован при помощи тех же логических и лингвистических приемов, которые используются при разработке этих текстов.

## Б • Юридическое значение — ^ — — - ^ — — — —

**222.** Поиски смысла юридических текстов опираются на анализ, который не может быть ни "интроспективным", ни "интуитивным" и для которого никакая всеобъемлющая методология не может быть истиной в последней инстанции, хотя признается, что у такого анализа должны быть одновременно "логические аспекты" и "социолингвистические аспекты" (2).

*Логические аспекты* могут быть связаны прежде всего с "миром юридического дискурса", то есть с совокупностью допущений, определяющих толкование слов. Здесь речь идет

(1) См. J.L. Souriaux et P. Lerat, *op. cit.*, pp. 50 et s.

\* Не характерно для современного русского языка.

(2) J.L. Souriaux et P. Lerat, *op. cit.*, pp. 56 et s.; см. также *ниже* по 228 и далее.

в первую очередь об определении смысла слов, что представляется достаточно трудной задачей для человека не имеющего опыта толкования юридических понятий, тем более что смысл одного и того же слова может меняться в зависимости от его применения в конкретной юридической отрасли (например, "обязательство" или "компромисс"). Смысл слов зависит также от "юридической экстенсии", или юридического объема, понятия, от того, к категории какого уровня относится используемый термин. Как известно, *юридическое правило отличается общим и перманентным характером*, и два эти признака объясняют особую структуру формулировок правил. Так, в силу своего *общего характера* норма выражается при помощи слов с неопределенно-личным значением, таких, как "всякий" ("всякому, приговоренному к смерти, отрубается голова": ст. 12 старого Уголовного кодекса Франции), "никакой" ("не допускаются никакие действия...": ст. 311-4 Гражданского кодекса Франции), "каждый" ("каждый несет ответственность...": ст. 1383 Гражданского кодекса Франции), "никто" ("никто не имеет права нарушать закон" ) и т.д. *Перманентность* юридического правила чаще всего выражается при помощи глагольных форм настоящего времени, иногда форм будущего времени, однако как формы настоящего, так и формы будущего времени используются во вневременном значении и призваны свидетельствовать о том, что речь идет о ценностях общего порядка, о дефинициях или максимах ("законы подлежат исполнению...": ст. 1 Гражданского кодекса Франции; "действие закона распространяется только на события, которые будут иметь место после его принятия...": ст. 2 Гражданского кодекса; "под договором понимается соглашение...": ст. 1101 Гражданского кодекса). Глаголы в форме несовершенного вида прошедшего времени практически полностью отсутствуют в текстах закона. С вышеупомянутыми формами настоящего времени в прошедшем времени соотносятся формы совершенного вида

("если векселедатель включил в вексель..., ценная бумага считается...": ст. 417, абз. 2 С. Com.)

223. *Социолингвистические аспекты* затрагивают отношения между используемым языком и различными параметрами коммуникации, другими словами, "юридическое общение" и способы восприятия широкими массами населения юридического языка (1).

Как и любое языковое общение, *"юридическая коммуникация"* состоит в передаче некоторого сообщения от "передающего" "принимающему", от законодателя гражданину, от судьи сторонам процесса, от профессора студенту, от автора читателю... Причем такое сообщение транслируется посредством некоторого "канала" и с использованием некоторого "кода". "Канал" — это устный или письменный способ передачи сообщения, а также специфические обстоятельства, сопровождающие процесс передачи. В юридическом общении используются — на альтернативной основе или одновременно — оба названных способа. Впрочем, можно отметить, что чем более специальный характер имеет сообщение, тем больше вероятность того, что оно будет транслироваться письменно. Кроме того, следует добавить, что в настоящее время все чаще и чаще слышатся голоса, указывающие на необходимость внятного и читабельного оформления юридических правил в целях лучшего понимания текстов. Тексты требуют от читателя информированности, отсюда обратное требование к текстам — упоминание оговорок и ссылок в удобоваримом виде...

Однако *понимание* связано еще и с "лингвистическим кодом", то есть со специальной терминологией, необходимой для такого выражения технических понятий, когда термин, передаваемое им понятие и значения, соотносимые с этим понятием, образуют единое нераздельное целое. Есть выражения внешне обычные, но для понимания которых

(1) J.L. Souriou et P. Lerat, *op. cit.*, pp. 63 et s.

требуется знание действующего права; так, выражения "правила приличия", "добропорядочный отец семейства", "моральное осуждение"... соотносятся с ключевыми реалиями социальной действительности. Между словарным фондом права и эволюцией языка права существует связь. Приход "родительских прав" на смену "патернализму" в современном праве несет в себе глубокий смысл, и этот процесс не ограничивается только формальной стороной дела. Однако если принять тезис, согласно которому юридический язык — это всего лишь формальное выражение положений частной дисциплины, возникает вопрос: как этот язык воспринимается в широких массах населения?

За неимением систематических исследований мы можем опираться только на самые общие впечатления. Юридический язык предрасположен к использованию формул в текстах законов, в решениях судебных органов, в нотариальных актах, в толкованиях законов. Достоинство формул состоит в их лаконичности, точности, авторитетности и универсальности. Они принимают форму максим, а иногда просто латинских поговорок ("pater is est...", "nemo plus juris...", "fraus omnia corrumpit...", "Nemo auditur..."), начальные слова которых достаточны, чтобы посвященные могли четко уяснить для себя, о чем идет речь: наименования принципов, сложных проблем или институтов не нуждаются в дополнительном переводе с одного языка на другой и, следовательно, очень удобны в употреблении. Профессиональные юристы увековечивают также стереотипные формы, заимствованные из прошлых веков, укорениться которым в современной обстановке помогают средства законодательной кодификации. Именно поэтому мы обнаруживаем в их языке такое выражение, как "дозволяется...", употребления которого можно было бы избежать, сказав "разрешается...". Все это производит на людей соответствующее впечатление, они говорят об архаичности юридического языка, о специальном жаргоне, о келейности, корпоративности и протекционизме в действиях юристов. Так ли это на самом деле?

## §2 Описание юридического стиля

**224.** Нельзя недооценивать ни требования, предъявляемые к юридическому языку (он должен быть точным и недвусмысленным), необходимость соблюдения которых связана с главной функцией права, ни неизбежность искусственности и неясности, обусловленную языковыми злоупотреблениями. Если представляется осуществимой задача облегчить язык за счет устранения балласта в виде ненужных архаизмов, которые порой загромождают его, и сделать его более внятным (Б), то освободить юридический язык от его специфических аспектов, обусловленных соображениями специфики предмета, невозможно (А). Желание сделать язык более доступным, в целом демагогическое, наносит ущерб безопасности населения, ослабляя механизмы, которые защищают людей, и внушая им опасную, иллюзорную идею о том, что они смогут защитить себя без посторонней помощи: эта опасность сравнима с той, которую несет в себе идея популяризации медицины под предлогом побудить больного лечиться домашними средствами.

### А • Специфика предмета и специальный язык

**225.** Особая роль юридической фразеологии обусловлена теми требованиями, которые предъявляются к качеству форм выражения права. Предписания, заложенные в юридическом правиле, должны появляться на свет "в виде законченных, плотных формул, не оставляющих лазейки для разного рода уловок и хитростей" (1). Раньше особой репутацией пользовались "Cours de droit Civil français", созданный Орби и Ро, и "Lehrbuch des Pandektenreshts" Виндшейда, посвященный немецкой правовой традиции

(1) F. Géný, *op. cit.*, Т. III, no 260.

толкования (1). Одной мощи стиля этих авторов было достаточно, чтобы собрать в строгие и стройные фразы предписания юридического порядка. Стиль наполеоновского Кодекса, взятый за образец, и четкие и лаконичные формулировки известных приговоров Кассационного суда или Государственного Совета могут служить самым ярким свидетельством того, каким требованиям должен удовлетворять юридический язык. Действующие законы и современная судебная практика, импровизируя или уступая перед настоятельной необходимостью срочного принятия решений, демонстрируют не всегда оправданную готовность следовать такому стилю.

Что касается специальных терминов, "их перевод на стандартный французский язык порождает те же проблемы, которые возникают в связи с переводом слов "молекула" или "стратосфера" (2). Особый характер юридического языка связан с его неизбежной специализацией: он должен обеспечить обозначение концептов, которые разговорный язык толковать не обязан. Латинские максимы, так часто поносимые, имеют одну бесценную черту: нельзя, не прибегая к этим максимам, так же кратко и точно воспроизвести содержащиеся в них мысли.

В то же время есть возможность ограничить использование этого специального языка в юридических текстах, которые сами по себе обладают определенным авторитетом (юридические акты, решения судебных органов, официальные разрешения, законы и регламенты), и в отношениях между юристами-профессионалами.

### Б • Внятность и разговорный язык

**226.** Чтобы сделать право более понятным для народа, можно придумать, как упростить некоторые формы юри-

(1) *Ibidem*.

(2) J.L. Sourieux et P. Lerat, *op. cit.*, p. 75.

дического общения и больше привлекать разговорный язык. Даже в "мире права", если не замыкаться на принципах структурного построения и смысловой однозначности фраз или на принципе точности терминологии, оказывается, можно обновить, очистить от наносных слоев и сделать более прозрачным юридический язык. В языке есть выражения, которые не передают никаких особых понятий и являются всего лишь пережитками прошлого. Их вполне могут заменить эквиваленты, используемые в общем обиходе. Можно сказать "il y a lieu de..." вместо устаревшего "chet de...", "il apparaît que..." вместо "apert". Можно написать "Monsieur" или "Madame X." вместо "sieur" или "la dame X"...

Органы французских юрисдикции сегодня предпринимают усилия для упрощения форм принимаемых ими решений, которые традиционно были организованы в единственную фразу; эта фраза могла достигать огромных размеров, поскольку вводная и описательная часть судебного решения, все факты, претензии сторон, мотивы со всеми вытекающими из этого дополнительными оспариваниями и резолютивная часть постановления растворялись в общей "каше", неудобоваримой не только для ума непосвященного человека, но иногда и для юриста. Постепенно вводная часть решения стала отделяться от части, в которой содержится само решение; обстоятельства дела и процедура рассмотрения стали представляться в обычной форме и при помощи прямой речи; претензии, доводы сторон стали излагаться в свободном стиле, лишенном изысков; мотивировочная и констатирующая части судебного постановления теперь появляются только для того, чтобы дать характеристику мотивов решения, резолютивная часть которого, таким образом, оказывается обособленной. Такое стремление к прояснению юридической фразеологии заслуживает только одобрения, но при одном условии, что пользователи не станут увлекаться неоправданным изгнанием мотивов, с которыми напрямую связана безопасность

правосудия, и таким образом наносить ущерб качеству применения права.

#### • Иллюстрация

*Спор об архаичности юридического языка и требованиях, которые лингвистика предъявляет к юридической науке, очень часто искажается чисто из соображений удобства*

Один автор в качестве примера закрытости юридического языка опубликовал следующую фразу из документа, оказавшегося однажды на столе нотариуса, который должен был решить вопрос о наследовании; документ адресовался вдове и детям покойного земледельца:

"Поскольку *de cujus* умер *ab intestat*, нам предстоит прежде всего *liquider communauté*, произвести *reprises* и *récompenses* и, по завершении этой первой операции, мы приступим к *partage*, безусловно, включая *soulttes*, что будет сделать легче за отсутствием *avancements d'hoirie*, какого-либо *précipit* и, следовательно, за ненужностью подсчетов *quotité disponible*" (R. Lindon, "Le style et l'éloquence judiciaire", p. 20.)\*.

*Не спешите с критикой!*

Данная тирада, конечно, была бы непонятна непосвященному человеку. Это объясняется тем, что она вобрала в себя целую юридическую ситуацию и характеризует ее конститутивные элементы. Это связано также с необходимостью сконцентрировать в нескольких словах описание целого комплекса сложных специфических операций, которые, естественно, непонятны для неюриста. Такое же сжатое описание того, как протекает хирургическое вмешательство или диагностирование и ремонт после аварии какого-то

\*При переводе с французского на русский данного примера сохранена устаревшая лексика французского оригинала, поскольку подобрать русские аналоги не представляется возможным {Прим. пер.}.



механизма, было не менее непонятным для человека несведущего в соответствующих вопросах.

Партикуляризм используемых терминов связан со спецификой данной отрасли знаний и призван обеспечить точную передачу концептов. Лаконичный стиль позволяет сказать много в нескольких словах. Таким образом, такой язык представляется незаменимым средством общения профессионалов, о чем свидетельствуют приведенные ниже дефиниции ("Lexique des termes juridiques", R. Guillen et J. Vincent).

de cujus: "Первые слова формулы" de cujus successionе agitur (лат. — тот, от кого передается наследство); используется для обозначения умершего праводателя на наследство".

ab intestat: (лат. — без завещания). "Так говорится в тех случаях наследования, когда умерший не оставил завещания или когда оставленное им завещание либо недействительно, либо утрачено и наследуемое имущество распределяется между наследниками в соответствии с существующими правилами, по закону."

liquider: "приступить к расчетам по имуществу, то есть к комплексу операций, предвещающих раздел общей собственности. .. Расчеты состоят в оплате пассива за счет части актива, в пересчете на деньги... части или всего актива для того, чтобы раздел мог быть осуществлен. Эта операция позволяет выделить чистый актив и сохранить его до раздела."

communauté: (общность имущества супругов) (случай полисемии: communauté обозначает общность в более широком смысле: община, сообщество и т.д.): "режим имущественных отношений между супругами, в силу которого часть имущества, которым владеют супруги, является общей и подлежит разделу после прекращения действия данного режима..."

reprises: "операция, осуществляемая во время расчетов по общему имуществу супругов, в результате которой каждый из супругов получает до раздела общего имущества свое личное имущество, которое на момент прекращения действия режима существует в натуральном виде".

récompense: "компенсация, размер которой определяется при расчетах по имуществу и которая причитается с супруга в фонд общего имущества — если личное имущество супруга увеличилось в ущерб последнему, из фонда общего имущества супругу — если личное имущество последнего было использовано для увеличения общей массы имущества".

partage: "операция, которая завершает раздел имущества, при этом нераздельные права на общее имущество сменяются отдельными правами каждого из новых владельцев на определенную в ходе предыдущих операций часть имущества".

soulte: "денежная сумма, которую должен выплатить один из участников раздела имущества или участник обмена другим сторонам, когда меняемые лоты или имущество имеют разную стоимость".

avancement d'hoirie: "дарение предполагаемой доли имущества наследнику; это имущество относится на счет наследуемой доли данного наследника".

gréçipit: "право, признаваемое за отдельными лицами, получить до раздела денежную сумму или конкретное имущество из массы, подлежащей разделу".

quotité disponible: "доля имущества какого-то лица, которой он может свободно распорядиться путем дарения или завещания при наличии необходимых наследников (по восходящей или по нисходящей линии)..."

**227** Часто применение права отождествляется с решением споров путем судебного разбирательства, так же часто люди полагают, что правильное решение суда зависит только от умения соотнести спорную ситуацию с уже существующим, в полной мере соответствующим ей правилом. Такое видение проблемы следует признать неполным и неточным. Чаще всего применение права осуществляется за пределами искового производства; закон не может предусмотреть всё и всегда нуждается в истолковании; соотнесение факта с правовой нормой или правовой нормы с фактом, как правило, носит сложный характер, и любое юридическое решение, независимо от того, связано оно с каким-то спором или нет, предполагает особую процедуру рассуждений, обусловленную определенным порядком действий интеллектуального плана. *Буква и дух* текстов (Глава 1), *юридические суждения* (Глава 2), *факт (действие) и право* (Глава 3), *судья и процесс* (Глава 4), как представляется, особым образом характеризуют переход юридического явления на уровень конкретных отношений жизни общества.

## БУКВА И ДУХ

228. Когда принято решение о закреплении какого-то нового правила, когда учтены следствия, вытекающие из его принятия, его остается передать посредством формулы, которая выразит его содержание, не искажая заложенного в него смысла и целей, учитывая питающие его мотивы. Если оставить в стороне проблему полномочий разных органов государства, которые отвечают за составление такой формулы, эта работа окажется "делом техники". Задача состоит в том, чтобы выразить содержание правила как можно более ясным и точным языком. Но именно при решении этой задачи возникает масса трудностей. Вербальная форма правила помимо того, что она должна быть лаконичной и грамматически выверенной, должна быть также достаточно точной. Любое легальное правило включается в юридическую систему: нельзя упускать из виду последствия, которые повлечет за собой введение этого правила в действие, изменения, которые необходимо внести в связи с принятием этого правила в другие действующие правила, случаи несогласования нового правила с положениями других законов. Все это необходимо учитывать, чтобы не возникли противоречия или двусмысленность внутри юридической системы и чтобы, следовательно, последняя не утратила цельность и безопасность (1). Конфликты на уровне текстов и их неоднозначность тоже станут помехой в процессе работы. Часто тексты сами по себе или в силу их конфронтации с другими текстами

(1) E.S. de la Marnierre, *Éléments de méthodologie juridique* (Lib. Journ. Not. et Av. 1976), Préface G. Vedel, nos 14 et s.

дают в конечном итоге такие практические результаты, которые отличаются от желаемых или оставляют место для различных толкований. Поэтому на первый план выдвигается вопрос о том, следует их толковать на основании "буквы" или "духа", следует ли обращаться только к строгому смыслу слов, составляющих тексты, или заниматься исследованием их глубинного смысла, в том числе в контексте мысли автора текстов. Неизменное стремление к специализации текста, сопровождающее работу юриста, движение от общего к частному, от права к факту, от принципа к его применению всегда будет составной частью работы по толкованию текстов; видимо, нельзя игнорировать дух текстов, когда слова его искажают или когда слов оказывается недостаточно для вынесения однозначного решения. Вопрос не в том, должен ли толкователь превращаться в "медиума или мудреца", делает ли он работу юриста или политика (1), является ли толкование составной частью процесса создания и применения юридических норм (2). Вопрос только в той свободе, которой он располагает, или в навязываемой ему строгости следования позитивному праву. Конечно, мы видим, что закон обретает смысл только в процессе его применения и что "особые права, признанные за толкователем, свидетельствуют о хрупкости нормативного порядка: ни одно предписание закона, как принято считать, не черпает свой смысл из недр законодательного устройства; оно становится значимым в процессе применения закона и благодаря толкованию, без которого немислимо применение" (3). В то же время юридическая безопасность, конечная и основная цель права, для дости-

(1) A.J. Arnaud, "Le médium et le savant" in *l'interprétation dans le droit*, Arch. de philosophie du droit, T. XVII, 1972, pp. 165 et s.

(2) J.F. Perrin, "Pour une théorie de la connaissance juridique", Ed. Lib. Droz, Genève-Paris, 1979, pp. 153 et s.

(3) F. Rigaux, "Le juge, ministre du sens", in "Justice et argumentation (Essais à la mémoire de Ch. Perelman)", Ed. de l'Université de Bruxelles, 1986, p. 92.

жения которой необходимо обеспечить уважение к праву, запрещает толкователю удаляться от действующего права, именно в нем он должен черпать смысл правила, когда он неоднозначен. Следует учитывать, что правила не существуют изолированно от окружающей их жизни общества; они связаны прочными нитями с общим регламентом института, частью которого являются сами. Такой институт, в свою очередь, связан с другими аналогичными институтами, которые, объединяясь, образуют некоторый юридический порядок (систему), а направление деятельности последнего определяется особыми целями и задачами. Различные юридические системы сами по себе выступают всего лишь фрагментами всего права в целом и поэтому зависят от высших целей общества; гарантировать достижение этих целей и призвано право (1). Следовательно, для того чтобы постигнуть дух юридического правила, мало постигнуть интенцию его автора; необходимо исследовать идеологию института, от которого зависит правило, идеологию юридического порядка, к которому оно относится, и идеологию всей правовой системы в целом. Итак, если классическое право видело в человеческой личности и в индивидуальных правах высшую цель объективного права, учения о так называемом "социальном праве" видят свою конечную цель в обществе как таковом, а так называемые учения "трансперсонального права" ставят право на службу цивилизации (2). Следовательно, формы поведения в обществе, для того чтобы соответствовать праву, должны соответствовать высшим целям, которые оно преследует. Но это не значит, что будет достаточно простого следования букве закона. Иными словами, когда формы поведения, следуя букве закона, не учитывают их дух или дух всей правовой системы, они должны быть особым образом санкционированы.

(1) P. Roubier, *Théorie générale du droit*, no 25.

(2) *Ibidem*.

# 1 БУКВА И ДУХ: ПРИНЦИПЫ ТОЛКОВАНИЯ ЗАКОНОВ

Раздел

**229** Юридические лица могут образовываться путем заключения соответствующих договоров или, если без договоров, путем применения закона в широком смысле слова. Как и закон, юридические акты, проистекающие от воли юридических лиц, в случаях, когда они недостаточно ясно и четко выражены, должны подвергаться толкованию. Однако, если *толкование юридических правил* (§1) должно быть в основном объективным, в силу того, что необходимо принимать во внимание их внешнее значение, *толкование юридических актов* (§2), для того чтобы обеспечивать юридическую безопасность подсудных, действия которых должны соответствовать правилам, прежде всего должно обеспечивать адекватное понимание намерений их авторов: действиям можно приписывать только то, что вкладывали в них лица, их совершившие.

Если дух закона, помимо точечной интенции его автора, определяется всем юридическим, философским и материальным контекстом, дух юридических актов главным образом связан с собственной волей их авторов.

## §1 Толкование юридического правила

**230.** Под юридическим правилом здесь следует понимать любое юридическое правило, которое устанавливается властью, включая, помимо собственно закона и регламентов, конституцию, договоры, обычай и даже — эта мысль кому-то может показаться ересью — правила преторианского происхождения. Часто возникает необходимость толкования законов, поскольку они двусмысленны, недостаточны для эффективного использования, нечетко сформу-

лированы, не позволяют точно определить пределы их действия — временные, пространственные, материальные или юридические. Применение юридического правила, согласно общему и абстрактному определению, нередко предполагает — в процессе движения мысли от общего к частному — промежуточный этап интерпретации (1) средствами самого закона, органами публичной власти, в частности администрацией, путем сопоставления правила с существующим правовым обычаем, средствами юриспруденции, толкователями-профессионалами, юристами-практиками... Действительно, Кельзен утверждал, что интерпретация юридического правила не связана со знанием позитивного права и не является проблемой "теории права", но всего лишь простой проблемой "юридической политики". Нормы и правила связаны друг с другом и образуют свою иерархию; система этих связей и составляет, по мнению ученого, основу юридического устройства; в таких условиях "аутентичной" можно признать только такую интерпретацию, которая исходит от органа, применяющего право. Однако подобное толкование само участвует в процессе правотворчества, в то время как "чисто интеллектуальное толкование" нормы, целью которого является уточнение смысла или заполнение предполагаемых лакун, не может привести к "точному" или "истинному" толкованию (2). И мы не можем, не отождествляя право с "политикой силы" и не отрицая его истинную природу, последовать за автором "Чистой теории права"\*. Следовательно, юрист, применяющий правило, всякий раз, когда это правило не до

\* см. сноску (2)

(1) О необходимости толкования текстов см.: B. N. Cardozo, "The nature of the judicial process", New Haven and London Yale University Press, 1921 et 2e Ed. 1949, spec. p. 14 et s.; C. du Pasquier, "Introduction à théorie générale et à la philosophie du droit", Ed. Delachaux et Niestlé, 6e Ed., Neuchâtel Paris 1988, nos 192 et s.; M. Zander, "The law-making process", Weidenfeld and Nicolson, 2e Ed. Londres 1985, p. 72 et s.

(2) H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, nos 45 et s.

конца понятно, должен решать герменевтическую задачу. Чтобы умерить жар слишком напористых толкователей, которые под видом толкования могут исказить правило, хотя их задача состоит только в том, чтобы это правило применять, необходимо исключить всякую мысль о толковании, когда тексты не вызывают вопросов. Такие тексты не нуждаются в толковании. Впрочем, данная "доктрина ясного смысла" не безупречна и может быть подвергнута критике, несмотря на то, что она по-прежнему выполняет важные практические функции (1), и некоторые тексты, например, ст. 13 Гражданского кодекса Луизианы, недвусмысленно ее признают. Кроме того, нельзя, проявляя излишнюю строгость, переусердствовать при определении степени "ясности" текста. Есть тексты, внешне не вызывающие никаких вопросов, но применение этих текстов ведет к возникновению совершенно абсурдных ситуаций. Есть правила, понятные, если их рассматривать отдельно, но противоречащие другим элементам юридической системы. Есть ясные тексты, в которых сознательно используются гибкие и подвижные понятия, обеспечивающие соответствие права фактам действительности и благотворно влияющие на юридическую эволюцию, но которые так же нуждаются в постоянном уточнении (2). Поэтому для верного истолкования юридического правила необходимо дать описание его "буквы и духа" (3) и, исходя из такой цели, выделить метод и принципы его толкования. Принципы, лежащие в основе толкования текстов, иногда определяются самим законом, и прежде всего это касается стран англосаксон-

(1) M. Van de Kerchove, "La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique" in "L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire", sous la direction de M. Van de Kerchove, Bruxelles 1978.

(2) A. Weill et F. Terré, *Droit Civil—Introduction générale* (Précis Dalloz, 4e éd.) no 175; см. выше no 185.

(3) B. Vonglis, *La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique* (1968)

ского мира (1). Однако в связи с толкованием права возникают сложные проблемы, которые стали побудительными мотивами для развития целого ряда теорий (2). Этот метод и эти принципы изучаются главным образом в аспекте применения законов, но могут также — если не в плане содержания, то в плане полномочий, дающих право на внедрение в практику, — использоваться для толкования регламентарных текстов и правил судебной практики или правил, формирующих обычаи. Таким образом, можно выделить разные методики толкования юридических текстов, которые в той или иной мере относятся к их духу или к их букве. Это либо методы "внутреннего" толкования, отталкивающиеся от самих интерпретируемых текстов, либо методы "внешнего" толкования, опирающиеся на элементы, внешние по отношению к интерпретируемым текстам. "Экзегетический метод" (А), который в течение большей части XIX в. использовался традицией толкования и в судебной практике и в основе которого лежит принцип жесткой привязки к тексту, в настоящее время подвергается серьезной критике (Б).

(1) Например, в Великобритании, *Interpretation Acts* de 1889 et de 1978; Canadian *Interpretation Act* 1967-8; Australian *Acts Interpretation Act*, 1901.

(2) Например: "L'interprétation dans le droit", *Archives de philosophie du droit*, T. 17, 1972; "L'interprétation par le juge des régies écrites", *Travaux de l'Association Henri Capitant*, T. 29, 1978; P. A. Cote, "Interprétation des lois", Ed. Y. Biais, Québec, 1982; R. Cross, "Statutory interpretation", 2e Ed. par J. Bell G. Engle, Butterworths, Londres, 1987; J.C. Cueto-Rua, "Judicial methods of the interpretation of the law", L.S.U., Paul M. Hebert Law center of civil law studies, 1981; F. Gény, "Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif" (2 Vol.), 2e Ed., L.G.D.J., Paris, 1919; M. Van de Kerchove (sous la direction de), "L'interprétation en droit, approche pluridisciplinaire", Publ. Des Facultés Université de St Louis, Bruxelles 1978, op. cit.; R.J. Vernengo, "La interpretación literal de la ley y sus problemas" Ed. Abeledo-Perrot, Buenos-Aires, 1971; "La interpretación jurídica", Universidad Nacional Autónoma de México, 1977.

## А • Экзегетический метод -

231. На следующий день после обнародования Гражданского кодекса в 1984 г. в научном мире появилась школа, названная экзегетической и ставившая перед собой задачу "свести право к закону, а прежде всего гражданское право Кодекса Наполеона" (1). В ситуации, когда в праве возобладал принцип разделения властей и дух философии Французской революции, законодатель оставался единственным выразителем государственного суверенитета, а закон, выражение общей воли (2), — единственным источником права. Более того, наполеоновский Кодекс, законодательное произведение, не имевшее себе подобных, одновременно утверждало унификацию французского права и новый социальный порядок. Такой монументальный законодательный труд требовал специального исследования и комментария, и, с учетом того восхищения, которое он вызвал в народных массах, не приходится удивляться, что среди юристов той эпохи царил культ закона. Обри провозгласил в 1857 г.: "*Закон*, как по духу, так и по букве, с широким применением его принципов и максимально полным развитием вытекающих из него следствий, *и ничего кроме закона* — таков был девиз профессоров, авторов Кодекса Наполеона" (3). Впрочем, известно, что экзегетическая школа вбирала в себя очень разные точки зрения.

Чистому экзегетическому методу, который сводил задачу юриста к постатейному комментарию Кодекса, противопоставляют "так называемый догматический, или синтетический, метод, получивший известность благодаря ра-

(1) Ch. Perelman, *Logique juridique — nouvelle rhétorique*, (Dalloz, 2e éd.), nos 16 et s.; V.J. Bonnecase, "L'école de l'exégèse en Droit Civil" (2e éd. 1924).

(2) R. Carré de Malberg, "La loi, expression de la volonté générale", Ed. Sirey, Paris, 1931, rééd. Economica, Paris, 1984, Préface G. Burdeau.

(3) Cité par L. Husson, "Analyse critique de la méthode de l'exégèse", in *L'interprétation dans le Droit*, Archives de philosophie du droit, T. XVII, 1972, p. 116.

ботам Обри и Ро; этот метод, предназначенный для лучшего понимания смысла Кодекса, применялся для его систематизации". Экзегетический метод претерпел существенную эволюцию в течение XIX в.: различают три фазы этой эволюции: "фазу утверждения", соответствующую периоду примерно до 1840 г., "фазу апогея" — до 1880 г. и "фазу заката" — вплоть до 1899 г., когда на свет появилась работа Жени "Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif", в которой прозвучала отходная экзегетическому методу и превозносился "свободный научный поиск". Тем не менее все юристы XIX в. имели общие представления о своей задаче, и их произведения, при всех отличиях, содержат общий знаменатель (1). Их учение можно охарактеризовать в двух предложениях: "Все право вмещается в писанный закон; юрист должен просто извлечь его оттуда, следуя за волей законодателя" (2). Хотя в тексте законов невозможно учесть все конкретные ситуации, хотя закон может быть неясным и двусмысленным, содержать противоречия или антиномии, одним словом, хотя искомое решение проблемы не находится простым чтением закона, это не значит, что можно оспаривать необходимость его толкования. В то же время, признавая такую необходимость, экзегетическая школа, исходившая из постулата, что в законе, по крайней мере в имплицитной форме, заложено все, утверждала, что толкователь имеет право на подробный разбор текста, но с единственной целью — открыть в нем мысль законодателя. Другими словами, "давать интерпретацию текстов — значит, исследовать их значение и их значимость путем анализа только самих этих текстов, прибегая при необходимости к подготовительным работам" (3).

(1) L. Husson, *ibidem*.

(2) J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de Droit Civil-Introduction générale*, nos 142 et s.

(3) B. Starck, *Droit Civil-Introduction générale* (éd. Litec), nos 129 et s.

232. Из всего сказанного выше следует, что мы должны описать *технику экзегетической интерпретации*.

Чтобы понять мысль законодателя, необходимо исследовать опубликованные работы, предварявшие принятие закона, содержащие изложение мотивов, парламентских докладов и дебатов и способные пролить свет на темные места в текстах и выявить их цель. Однако опора на интенции законодателя представляется не лишенной искусственности. Часто она оказывается всего лишь сиюминутным и зыбким отражением различных мнений, которые противостояли друг другу во время работы коллективного органа, и постепенно утрачивает свою актуальность. Тем не менее внимание к воле законодателя во многих странах вызвано особенностями самого действующего права (ст. 18 Гражданского кодекса Луизианы; ст. 12 Гражданского кодекса Нижней Канады; ст. 1156 французского Гражданского кодекса в части, касающейся толкования закона...). Не менее значимой представляется опора на исторические прецеденты, определившие содержание и дух закона.

Но главным средством постижения смысла текста, когда опора делается на собственное его содержание, на его формулировки и на его контекст, остается определенный набор логических приемов. В рамках логического анализа используются различные суждения (1). Суждения "a pari", "a contrario", "a fortiori" лучшие иллюстрации толкования текстов через сами тексты. Суждение "a pari", "по аналогии", состоит в выведении из одного подобия другого подобия: за неимением специального правила для урегулирования какой-то ситуации на эту ситуацию распространяют действие другого правила, предназначенного для регулирования другой, схожей, ситуации. Суждение "a fortiori" имеет целью использование какой-то пропозиции для истолкования некоторого предмета, отличного от предмета данной пропозиции, на том основании, что довод, оправдывающий применение

(1) См. пп. 247 и далее.

данной пропозиции к своему предмету, еще лучше подходит для ее применения к другому предмету: так, санкция, предусмотренная для простого нарушения закона, будет применяться с большим основанием к сознательному нарушению закона, даже если это не было предусмотрено. Точно так же: "кто может много, может и мало". Суждение "a contrario" служит выведению из противопоставления в гипотезах противопоставление в следствиях. Если правило оговаривается определенными условиями, обратное по смыслу правило должно применяться, когда эти условия не выполняются (хотя бы одно). Так, ст. 6 Гражданского кодекса Франции, согласно которой "заключаемые частные соглашения не могут нарушать законы, которые затрагивают государственное устройство и правила приличия", при использовании принципа "a contrario" означает, что заключаемые соглашения могут включать положения, нарушающие те законы, которые не касаются ни государственного строя, ни правил приличия. Впрочем, такой анализ текстов иногда таит в себе опасность. Довод "по аналогии" исключается в случае, когда необходимо осуществить строгое толкование, например, при рассмотрении уголовных дел или когда речь идет о возражениях, заявляемых сторонами в ходе судебного разбирательства. Довод "от противного" представляет ценность только для случаев, когда необходимо отказаться от исключительного положения и вернуться к принципу, или как аргумент, дополняющий другие аргументы.

Другие суждения основываются на постулате о рациональном взаимодействии разных законов. Если проблема специального свойства подпадает под действие общего закона и специального закона и между последними обнаруживается противоречие, для разрешения такой проблемы должен применяться специальный закон. Однако возможности применения исключения из общего правила не безграничны, и как только ситуация выходит за рамки, предусмотренные специальным законом, вновь в силу вступает общий закон, за исключением случаев, когда специ-

альный закон сохраняет преимущество в силу того, что выражает интересы высшего порядка. В данном случае речь идет о принципе "specialia generalibus derogant"\* и о принципе строгого толкования исключений. Строгое следование текстам законов ведет к ограничению возможностей толкователя, запрещая ему вводить какие-либо условия или различия, когда таковые не предусматриваются законом ("ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus")\*\*.

Помимо различных описаний текстов законов и грамматической интерпретации их "буквы" экзегетический метод включает также анализ "духа" законов. Имеется в виду не только цель конкретного закона, которая становится видна уже из анализа документов, подготовивших его появление, и которая должна направить толкователя в нужном направлении и показать ему пределы применения закона, но и дух целого института, целой отрасли права, а иногда и всей юридической системы. Поэтому необходимо сопоставлять и противопоставлять друг другу разные тексты, чтобы путем индуктивного анализа вскрывать объединяющую их идею, а затем, отталкиваясь от этой идеи, путем дедуктивного анализа находить другие частные случаи, подчиняющиеся тому же принципу.

## Б • Критика экзегетического метода

**233.** *Представленные выше технические приемы толкования законов иногда подвергались критике.* Специалисты совершенно справедливо указывали на то, что ценность подготовительных работ не абсолютна. В документах, предваряющих появление закона, встречаются разные мнения, из которых трудно бывает выцелить те, которые в конечном итоге легли в основу закона. Целесообразность обращения к этим документам тем меньше, чем больше прошло времени с момента принятия закона: закон устаревает и применяется уже

\* частные случаи отступают от общих правил

\*\* (там, где закон не проводит различий, мы тоже не должны различать)

к контексту и обстоятельствам, отличным от тех, которые имели место в период его разработки. Упрекам подвергались также описания, основанные на принципах "a pari", "a fortiori", "a contrario", а также индуктивные суждения, при этом указывалось, что их использование, в зависимости от того, какие элементы сравниваются, ведет к неопределенным или противоречивым результатам. Но больше всего критиковался "фетишизм закона, выраженного в письменной форме и кодифицированного". В конце XIX в. социальный, экономический и политический контекст жизни Франции стал заметно отличаться от того, который имел место в 1804 г. Поэтому придерживаться интенций наполеоновского законодателя в целях применения позитивного права не представлялось более возможным.

В своем фундаментальном труде, опубликованном в 1899 г., Жени (1) вскрыл обманчивость идеи, утверждающей, что закон предусматривает все; ложным, по мнению Жени, является то, что законодатель наделяется интенциями, которых он никогда не имел и не мог иметь; использование такого принципа — акцент на анализе мысли законодателя прошлого — ведет к уничтожению динамизма права. Жени, напротив, исповедовал *метод "свободного научного поиска"*, согласно которому, хотя закон и должен применяться, в случаях, когда он неэффективен или устарел, необходим свободный поиск решений, способных решить возникающие трудности. Девизом Жени стали слова: "Гражданский кодекс есть руководство к действию, но не догма". Если ему и казалась легитимной идея исследовать и уважать волю законодателя, то только при условии, что ее определение не было бы ни ложным, ни произвольным, и чтобы оно не опиралось на явления, более поздние по отношению к закону, которые его авторы никак не могли предвидеть. Если все эти условия соблюдены, включая идею о неспособности за-

(1) F. Génys, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, précité.



кона решать будущие ситуации, тогда толкователь, но особенно судья, по мнению Жени, должен переходить от толкования закона к свободному научному поиску, чтобы не произвольно, но с опорой на исторические данные, на социальные реалии и свежие идеи выстраивать решение, которое соответствовало бы принципу справедливости и требованиям, которые предъявляет ситуация. Данная теория получила распространение в Европе, особенно в Германии, благодаря деятельности школы "Свободного права" ("Freirecht"), и в Соединенных Штатах, где ее положения развивала школа "Социологической юриспруденции" ("Sociological jurisprudence") (например, Б.Н. Кардозо и Р. Паунд) и американское реалистическое течение. Этот метод, который можно квалифицировать как социологический (1), поскольку он основывается на знании фактов общественной жизни и ставит перед собой задачу удовлетворения общественных потребностей, должен обязательно использоваться при анализе законодательных документов. Кроме того, занимаясь различными концепциями, которые может дать социологический анализ, необходимо помнить о том, что, хотя в условиях нашей юридической системы судья должен опираться на закон, в то же время ему следует остерегаться того, чтобы, увлекшись такой формой толкования, свернуть с научного пути на путь преимущественно политического анализа, поскольку в последнем случае его оценки, учитывающие прежде всего общественную выгоду, будут чересчур субъективными. Теория Жени не нашла последователей в области юриспруденции. Судья не превратился в законодателя, даже несмотря на то, что ему приходится проявлять большую свободу при обращении с текстами законов. И суды, таким образом, в своей деятельности ориентируются преимущественно на формулу Салейя: "Гражданский кодекс не догма, но руководство к действию" (2).

(1) См. n<sup>os</sup> 157 et s.

(2) R. Saleilles, préface à l'ouvrage précité de F. Gény.

## В • Современные методы толкования

234. Ни в коем случае не отвергая принципа свободы судьи, который не может во всех случаях довольствоваться дедуктивным анализом законов, исследователь должен все-таки прежде всего опираться на законы и восходить к интенции, направлявшей их составителей. Цель, которую преследует законодатель, играет не меньшую роль, чем буква закона. Однако судья, помимо чувства духа закона, должен руководствоваться чувством духа всего права в целом, духа, которым пронизаны все прочие тексты (1). Таким образом, экзегетический метод не исключался из практики толкования, но использовался в сочетании с другими методами. Логические процедуры, используемые в рамках данного метода, как суждение "по аналогии" (a pari), суждение "от обратного" (a contrario), суждение от большего основания "a fortiori", индуктивное или дедуктивное суждение, принципы согласования законов по их сути, остаются главными инструментами толкования. Важность современных реформ, омоложение старых кодексов, изобилие законов вызвали возрождение экзегетического метода и рост интереса к изучению подготовительных работ, так как новизна правил облегчает и оправдывает изучение истинных намерений законодателя. В настоящее время экзегетическая традиция продвинулась вперед благодаря большему разнообразию способов и источников исследования. Более того, за ней признается определенная свобода интерпретации, хотя при этом делается оговорка относительно пределов этой свободы, обусловленных нормативным характером толкования; последний, в свою очередь, объясняется иерархией юрисдикции. Помимо *грамматической и логической интерпретации* законов, ориентированной на их редакцию и на контекст на уровне действующего права, и наряду с особым вниманием к их духу, для понимания которого

(1) Ch. Perelman, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 31 et s.

требуется *психологическая интерпретация* целей авторов этих законов, необходимо признать целесообразность *теологического метода* и *исторического, или эволюционного, метода* толкования (1). Для *теологического метода*, базирующегося на анализе конечных целей правила, на познании его социальных целей, дух закона стоит на первом месте, и только потом буква. Следует признать, что при таком подходе имеет место терминологизация смысла слов. Исторический, или эволюционный, метод основывается на той идее, что право есть процесс, непрекращающийся акт созидания общества, и законы выступают всего лишь его временным отображением, которое должно эволюционировать вместе с изменением социальной среды. Законы, таким образом, могут быть отделены от изначальной воли законодателя и получать новый смысл, для того чтобы адаптироваться к новым требованиям, предъявляемым действительностью (2). Смысл какого-то закона может меняться со временем и в зависимости от обстоятельств. Если динамизм закона не должен превращаться в норму, то его толкование, из соображений юридической безопасности, не может быть свободным. Толкование, основанное на текстах законов, должно внедряться в дух юридической системы, которая его порождает. Именно поэтому преобладать должен *системный метод толкования*, основывающийся на анализе непосредственного контекста положений, подлежащих интерпретации, или на анализе их роли в рамках микросистемы, образуемой каким-то институтом, или в рамках той макросистемы, правовой системы, к которой они принадлежат. Такое толкование текстов может прекрасно гармонизировать с соображениями в духе "ratio-logis" и с целями, преследуемыми отдельной системой права.

Данный способ толкования часто бывает осложнен обстоятельствами международного свойства, когда речь идет

(1) A. Weill et F. Terré, *op.* «7», n<sup>os</sup> 175 et s.

(2) *Ibidem*.

о *толковании договоров*. Последнее иногда вверяется юрисдикции наднационального уровня: именно так обстоит дело с Римским договором, согласно одной из его статей (ст. 177). Что касается других случаев, в отличие от правовых систем многих стран, где суды внутренней юрисдикции наделены правом толкования договоров, французская юриспруденция традиционно действует в противоположном направлении: во Франции право толкования договоров принадлежит правительству, если не предусмотрен иной механизм толкования. Однако, независимо от того, какой орган наделяется соответствующими компетенциями, следует признать, что в отношении "договоров-законов", как и в отношении любого другого юридического правила, толкование должно вестись с применением экзегетического метода и с учетом принципов, заложенных в закон или в самое интенцию авторов закона. Когда, наоборот, речь идет о "договорах-контрактах", тогда, как и в случаях любого другого соглашения, прежде всего необходимо уточнить смысл общих намерений сторон, заключающих договор.

## §2 Толкование юридических актов

**235.** Независимо от отрасли права под юридическим актом понимается акт, который вносит изменение в юридическую ситуацию. В разных случаях такой акт может основываться на воле или объединенной и согласованной воле одного или нескольких его авторов: этот акт может быть односторонним, когда его источником является воля отдельного человека, как в случае завещания, или двухсторонним и многосторонним, когда его источником выступает объединенная воля двух или нескольких лиц, как в случае договора. Поэтому толкование юридического акта прежде всего должно основываться на выяснении намерений одного или нескольких его авторов. Здесь речь идет о субъективном толковании, фундаментально отличающем-

ся от толкования юридических правил; юридические правила связаны с безопасностью подсудных и с необходимостью того, чтобы они могли предвидеть решение, применимое к их ситуации, поэтому толкование юридических правил должно быть объективным и основываться не на индивидуальных интроспекциях, но на конкретных данных юридической системы.

Однако анализ намерений сторон не исключает возможности использования экзегетического метода или логических доводов (А). Кроме того, необходимо отметить возрождение объективных методов толкования (Б) в условиях развития новых технологий заключения договоров и новых юридических технологий в сфере государственного права.

#### А • Принцип субъективных методов толкования ^ - ^ -

236. Либеральные и социальные доктрины по-разному подходят к рассмотрению концепта юридического акта (1). Для *либеральных доктрин* индивид является одновременно основой и конечной целью права, а юридический акт проистекает от индивидуальной воли, которая достаточна для его образования и которая свободно определяет его содержание. Согласно принципу свободы воли, закрепленному Гражданским кодексом в 1804 г., смысл юридического акта может быть всего лишь плодом согласованной воли его авторов, и судья, для того чтобы определить содержание юридического акта, должен ограничиться определением породивших его намерений. *Социальные доктрины* видят источником юридических актов объективное право, отображающее требования социального порядка. Не углубляясь в изучение роли волевого фактора, они обосновывают юридический акт как результат соответствия воли его авторов социальным потребностям и закону, ко-

(1) См. "L'acte juridique", Rev. "Droits" (P.U.F.) n°7, 1988

торый эти потребности выражает. Представители этих доктрин признают за судьей широкие возможности интерпретации актов с учетом большого числа соображений внешнего плана. В то же время *французское право*, хотя и претерпело значительную эволюцию, по-прежнему основывается на принципе свободы воли. Несмотря на то, что в настоящее время действие этого принципа заметно ослабло, что связано с возрождением формализма и с прогрессирующим развитием государственного строя, принцип по-прежнему сводится к тому, что закон формируется волей сторон и что судья выполняет только функцию служителя закона. Такое понимание проблемы предполагает использование метода субъективного толкования и не допускает толкования юридических актов на уровне факта, что является суверенным правом судей судов низшей инстанции и неподконтрольно Кассационному суду. Следовательно, в то время как толкование закона носит в основном объективный характер и составляет естественную миссию Кассационного суда, толкование юридических актов в основном субъективно и избегает контроля со стороны Кассационного суда. И судья не имеет права вносить изменения в юридические акты. Если эти акты не незаконны и не двусмысленны и если они были признаны сторонами действительными, следует ограничиться их применением. Как и в случае с законом, не может идти речи о толковании актов или оговорок, которые по своей букве и духу ясны и точны: любое толкование было бы в таком случае искажением, санкционируемым Кассационным судом.

237. Именно договор стал институтом, для которого Гражданский кодекс установил принципы толкования и который чаще всего дает повод для вмешательства юриспруденции. Основополагающий принцип выражен в статье 1156 Гражданского кодекса: "При рассмотрении заключенных соглашений необходимо определить, каковы были общие намерения договаривающихся сторон, нежели концентрировать внимание на буквальном смысле использо-

ванных в тексте соглашения терминов". Провозгласив в первых строках главенство духа соглашений над их буквой, статьи с 1157 по 1164 Гражданского кодекса воспроизводят несколько максим, предназначение которых состоит в том, чтобы направлять судью в процессе толкования договоров; в то же время допускается, что они не имеют императивного значения для юриспруденции и их игнорирование не дает само по себе оснований для открытия кассации. Таким образом, термины, использованные в текстах соглашений, не имеют значения абсолютных ценностей. Чистая экзегеза исключается постулатом, согласно которому "намерение, или интенция, важнее формулировки" (1). Судья должен исследовать намерения сторон, используя всевозможные средства, даже внешние по отношению к акту, и оценивать их исходя из духа чистосердечия и обычаев. То, что оказывается двойственным, истолковывается через то, что является обычным для страны, где заключен договор (ст. 1159 Гражданского кодекса). В договор должны быть включены условия, обычные для данного типа договоров, даже если необходимость их включения не очевидна (ст. 1160 Гражданского кодекса). Аналогично, в сомнительных случаях "термины, которые могут быть истолкованы неоднозначно, должны приниматься в смысле, наиболее соответствующем характеру договора" (ст. 1158). Когда условие может быть истолковано двояко, необходимо его принимать в том смысле, который делает это условие значимым, а не в смысле, который его делает бесполезным (ст. 1157). В спорных случаях соглашение следует толковать в смысле, наиболее благоприятном для дебитора (ст. 1162). Если учесть также, что условия, вписанные от руки, имеют преимущество над условиями, напечатанными машинным путем, и что " типовые условия ", вносимые в текст договора в соответствии с заведенным обычаем и не вызванные действительной волей сторон, являются не-

(1) J. Carbonnier, *Droit Civil — Les obligations*, n° 66.

действительными, тогда можно констатировать безоговорочное преобладание воли сторон над смыслом их обязательств. Господствующая роль духа договора подчеркивается также в ст. 1161, согласно которой "все условия соглашений истолковываются друг через друга, при этом каждое из условий получает смысл, вытекающий из всего акта в целом". Это к слову о том, что именно дух договора, а не только дух отдельных двусмысленных условий, смутных и противоречивых, должен быть предметом исследований.

Однако процедура выяснения намерений сторон не состоит только в абсолютно произвольной интроспекции. Она может опираться на объективные элементы. Для того чтобы понять волю сторон, толкователь может прибегать к помощи разного рода элементов, внешних по отношению к акту, но вполне подходящих для прояснения их смысла: поведение сторон в ходе переговоров, в ходе составления договора и его выполнения, наконец в процессе слушания (следствия) может учитываться судьей при вынесении окончательного решения. В этом смысле текст документов также играет свою особую роль. Хотя "буква" не может возобладать над "духом" в случаях, когда они противоречат друг другу, она может выражать дух или косвенно на него указывать. *Поэтому экзегетический подход сохраняет свою актуальность.* Грамматический и логический анализ текста позволяет определить степень его доступности и описать его состав. Если "намерения преобладают над формулировкой", это не значит, что они ее полностью вытесняют и что сама формулировка уже никогда не передает смысл намерений. Нередко формулировка указывает на намерения, и именно поэтому она целиком сохраняет свою значимость.

Постулат о консенсусе как основе договоров заставляет понять истинные мысли сторон *во время составления актов.* Мысли сторон нельзя понять, погружаясь в их актуальный контекст, потому что это вызовет изменение содержания, которое стороны хотели в них вложить. Нельзя

исходить из ситуации тяжбы для того, чтобы определить, какова была воля авторов акта в момент его составления. Тем не менее такая концепция, в целом ориентированная на гражданское право и соответствующая классическим примерам, в настоящее время подвергается нюансировке и адаптируется к требованиям различных отраслей права.

#### **Б • Возрождение объективных методов толкования**

**238.** *В государственном праве*, наоборот, считается, что судья должен толковать неясные условия актов "исходя из даты возникновения тяжбы", а административное судебное право опирается на действительное положение дел (1). Такой метод интерпретации регламентарных актов, слепо следующий за эволюцией общего интереса, имеет то преимущество, что отделяет их от изначальной воли их автора, иногда уже утратившей актуальность, и, таким образом, сохраняет их адекватность общему интересу, который оправдывает акты публичной власти.

Частному праву также известны новые технологии заключения договоров, когда договаривающиеся стороны не вступают в непосредственные отношения: или не ведут личных переговоров, или не участвуют в разработке соглашения. Современная практика свидетельствует о существенном развитии "договоров присоединения", которые являются плодом усилий только одной из сторон, экономически более сильной, чем вторая сторона, выбор которой состоит только в том, согласиться ли ей с содержанием данного договора или не заключать договор. Условия договора не являются плодом усилий только одной стороны в случае "типовых договоров", которые составляются представителями государства или профессиональных объединений; волевое участие сторон сводится здесь всего лишь к изъявлению согласия подчиниться обязательному статусу.

(1) P. ex. C.E., 28 janvier 1977, Agopyan A.J.D.A. 1977, p. 148; 20 janvier 1978, Roehn-Beretta, D. 1978, II, 653 et s.

су. Современному праву известны еще "коллективные договоры", которые заключаются двумя или несколькими лицами, но в действительности связывают целые коллективы или членов каких-то объединений граждан, иногда очень многочисленных. Коллективные договоры и другие соглашения на профессиональном уровне служат ярким тому примером. Наконец, большое количество договоров создается на базе заранее утвержденных формулировок, при этом использование установленных форм и образцов все больше практикуется представителями разных профессий, в частности нотариусами. Для интерпретации подобных договоров опять-таки большую помощь может оказать экзегетический метод, так как стороны в данном случае договариваются не столько относительно конкретных данных, вносимых ими в текст, сколько относительно содержания готового текста. Такой текст, разработанный и составленный специалистами-правоведами, имеет большой вес, и его надежность позволяет ему быть использованным в качестве нормативного документа.

Наконец, следует сказать о неполных договорах. В таком случае возникает вопрос о том, должен ли судья их дополнять: дополняя, он будет вынужден корректировать волю сторон, а не только ее обслуживать и осуществлять. Безусловно, гражданским кодексом предусматривается, что "заключение договора обязывает к выполнению не только того, что выражено в тексте; обязательства дополняются следствиями, которые, вытекая из природы договора, обусловлены принципом справедливости, обычаем, законом" (ст. 1135). Юриспруденция часто обращается к понятию искренности. Она не решается четко заявить, что облакает себя правом толковать договор за рамками предполагаемых намерений сторон. В любом случае, согласно доктринам, ориентированным на социальный аспект в праве, судья не должен исследовать вопрос о том, что стороны хотели сказать своим договором; он должен толковать договор так, как это сделали бы сами стороны или даже третьи, неза-

интересованные лица, если бы они должны были разрешить какую-то проблему во время разбора тяжбы. Гражданское судебное право Франции — которое помимо того, что не допускает соотнесения договора с актуальным контекстом, отказывается в отсутствие текста договора применять теорию непредвиденности — остается весьма сдержанным относительно такого расширения прав судьи, в то время как административный судья, который учитывает заложенный в договоре фактор непредвиденности, действует более решительно и в большей мере открыт для объективных, эволюционных и телеологических методов интерпретации юридических актов.

Однако бывают случаи, когда юридические акты выражают такие формы поведения, которые ради того, чтобы соответствовать букве закона, изменяют его духу, на что вынуждено реагировать позитивное право.

## 2

### БУКВА И ДУХ: ПРИНЦИПЫ ОПИСАНИЯ ФОРМ ПОВЕЛЕНИЯ

раздел

239

Есть случаи, когда какие-то лица по форме соответствуют существующей правовой системе, но, придавая своим действиям полную видимость юридической правильности, на самом деле используют свои права, отдельные правила или институты в целях, противоположных тем, которые преследуются позитивным правом. То есть они следуют букве права, но нарушают его дух. Поэтому именно дух права должен быть в центре внимания, поскольку дух есть синоним естественной направленности, или конечных целей, на которых основывается любая юридическая система: право не может защищать случаи, его нарушающие; законы не могут уже одной своей буквой легитимировать или оправдывать случаи игнорирования их духа, их смысла существования. Санкции, которых требуют подобные случаи прекращения незаконных действий под действия, внешне законные, опираются на общие принципы; те, будучи порождением позитивного права, питаемого идеей чистосердечного поведения, и испытывая влияние со стороны социальных учений, — на социальную функцию прав. Так, институт санкций делает классическое учение более плоским, воздействуя на него тяжестью абсолютизма субъективных прав.

Такие формы поведения, которые должны наказываться — во имя духа прав или просто права, несмотря на то, что не нарушают "буквы" объективного права, связаны, главным образом, с понятиями правового злоупотребления (§1) и мошенничества (§2).

## §1 Злоупотребление правом

**240.** "Если, не нарушая материальных границ своего права, индивид использует его в ущерб другому индивиду; если, соблюдая букву права, он нарушает его дух, тогда говорят, что он злоупотребляет своим правом, но никак не употребляет его на пользу, и такое злоупотребление не может иметь юридических оправданий (1)". Цицерон сказал: "Summum jus, summa injuria"\*. Бездумное применение юридического правила грозит привести к несправедливым последствиям. Юридическая техника, то есть сочетание правил и их применения, может быть использована не по назначению, то есть не в целях, которые провозглашены конечными целями правовой системы. Теория правового злоупотребления представляет собой главный инструмент контроля за соответствием фактического использования прав их функции. Эта теория возникла как ответ на избыток абсолютизма в правах и как утверждение их относительности; на ее формирование оказывали влияние социальные доктрины, для которых право и права обладают прежде всего "социальной функцией". Итак, если оставить в стороне некоторые виды абсолютных и дискреционных прав, использование которых никогда не может быть связано со злоупотреблениями, тогда можно говорить о необходимости контроля со стороны органов правосудия за правомерностью осуществления всех прав. Такой контроль исключается только в тех случаях, когда с большой долей уверенности можно предполагать целесообразность действий; как правило, речь в таких случаях идет об особых правах индивидов и их использовании в целях волеизъявления человеческой личности (право ответа на материа-

лы, опубликованные в прессе) или осуществления дискреционных функций (право родителей препятствовать браку несовершеннолетних). Именно судебная практика начиная с середины XIX в. стала применять данную теорию. В то же время французский законодатель, вопреки определенным обещаниям, не предложил ни одного комплексного принципа теории правового злоупотребления и даже не закрепил специальным законом, хотя бы общей фразой, положения такой теории. Последняя, впрочем, имела большой резонанс как во Франции, так и в других странах. Хотя эта теория иногда начинала волновать классическое учение, поскольку судья, как говорил Планьоль, "обязан добираться до уровня верований и убеждений, понять и взвесить мотивы, и тогда психологический аспект его работы становится доминирующим", правом на существование она наделялась единогласно. Дискуссия не выходила за рамки определения критериев правового злоупотребления: что это — намерение нанести ущерб другому или искаженное представление о социальной функции права? (1) Часто два этих критерия совпадают, а в противном случае создается впечатление, что и тот, и другой достаточны для того, чтобы объяснить смысл злоупотребления правом. Когда в конце XIX в. Салей попытался разработать теорию правового злоупотребления, сторонники классического индивидуализма, особенно Планьоль, отвергли ее в принципе. Однако Жоссеран показал, что какой-то акт может быть осуществлен в пределах субъективного права, "противореча в целом данному праву...", то есть своду обязательных социальных правил. Можно иметь на своей стороне некоторое право, причем пользоваться его абсолютной поддержкой, и одновременно иметь против себя всю правовую систему в целом." Это значит, если не противопоставлять субъективные права объективному праву, что "право прекращает свое действие или наступает злоупотребе-

ние правом" и что за "внешними границами права" существуют "внутренние границы", основанные на общих принципах и "духе юридической системы" (1). Таким образом, Жоссеран разработал теорию "целей" или "телеологическую теорию" злоупотребления правом, успех которой во Франции, но особенно за границей, был ошутимым (2): все права так или иначе имеют какую-то направленность, цель социального порядка. Их использование будет только в том случае легитимным, когда оно будет соответствовать этой направленности. Любое другое использование было бы неправомерным. Такая концепция, даже с учетом возражений, которые она могла бы вызвать, как кажется, дает достаточно взвешенное представление о понятии правового злоупотребления. Она отражает идею, согласно которой злоупотребление правом есть ошибка в использовании какого-то права, и включает в себя еще одну идею, ту, которая видит в злоупотреблении намерение нанести ущерб. Идея социальной функции прав, по крайней мере на очень тонком уровне, включена в тексты законов и в богатую судебную практику наказаний за злоупотребления правом.

24 i. Сфера использования правовых злоупотреблений очень разнообразна. Неправомерно используются главные разделы *частного естественного права*. Теория правовых злоупотреблений стала ответом на известные дела, связанные с неправомерным использованием прав на недвижимость, и была распространена на вещные права, входящие в состав права собственности, но предоставляемые несобственнику; в конечном итоге она распространила свое влияние на все договорное право, в частности на случаи од-

постороннего расторжения бессрочных договоров или на случаи, связанные с требованием кредитора строго соблюдать условия договора. Более того, эта теория проникла в сферу права, регулирующего семейные отношения, несмотря на встречающиеся в этой сфере дискреционные права: например, она стала регулировать такие случаи неправомерного использования супругами прав на имущество, когда чьи-либо действия ставят под угрозу интересы семьи, а также случаи неправомерной эмансипации или случаи неправомерного отказа дать согласие на усыновление... Теория правовых злоупотреблений проникла также и в сферу коммерческого права, главным образом, в связи с необходимостью регулировать использование прав владельцев большинства акций в акционерных обществах, а также в сферу права, регулирующего социальную защиту граждан в связи со случаями злоупотреблений правом на увольнение и роспуск трудовых коллективов и в связи со случаями злоупотреблений правом на забастовку.

*Процессуальное право* также не свободно от злоупотреблений; именно в таком аспекте следует рассматривать случаи, когда стороны в судебном процессе при оформлении заявлений, в ходе защиты или при обжаловании пользуются соответствующими правами только с целью отсрочки слушаний. Репрессивные юрисдикции, согласно ст. 91 гражданско-процессуального кодекса Франции, могут приговорить подобного жалобщика, предъявившего гражданский иск — если его рассмотрение завершается прекращением дела за отсутствием состава преступления — к возмещению ущерба в пользу ответчика. Богатая судебная практика юрисдикции по гражданским и коммерческим делам свидетельствует о том, что здесь также наказываются действия, связанные со злоупотреблением правами, хотя для того, чтобы не посягать на фундаментальное право гражданина быть выслушанным в суде, кассационный суд при установлении факта злоупотребления использует в качестве критерия умышленный/неумышлен-



ный характер действия. Кроме того, ст. 32-1 нового гражданского-процессуального кодекса Франции предусматривает наказание в виде штрафа для "того, кто в ходе слушания дела дает уклончивые ответы, провоцирует отсрочку слушаний, в целом злоупотребляет своими правами". Аналогичные положения были утверждены декретом от 20 января 1978 г.; на основании этих положений суды административной юрисдикции могут наказывать за злоупотребления правом на апелляцию и неправомерное использование права на кассационную жалобу.

В *административном праве*, наконец, уделяется большое место понятию "злоупотребление властью"; подобное злоупотребление состоит в том, что администратор пользуется своей властью в целях, отличных от тех, ради которых ему была передана эта власть (1). Случаи злоупотребления властью встречаются часто и, как правило, соответствуют таким ситуациям, когда действующее лицо не преследует цель, вытекающую из интереса общества, но из его личного интереса или из политической конъюнктуры; к этой же категории следует отнести ситуации, когда автор акта преследовал цель, сопряженную с общественным интересом, но отличную от той, которую он должен преследовать по долгу службы (случаи, когда мэр какого-то города, используя свой статус, выступает гарантом осуществления коммерческого договора...). Наконец, следует назвать случаи процедурных злоупотреблений, которые выражаются в замене одной, обычной, процедуры на другую, более быструю, но не приемлемую для данного этапа рассмотрения дела.

Во всех представленных выше ситуациях имеет место нарушение духа права, хотя они соответствуют его букве. Для права дух выше буквы, поэтому для случаев нарушения духа предусмотрены различные санкции; наиболее

(1) Например, G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, PUF, Colloque Thémis, T éd. 1980, pp. 769 et s.

часто используется наказание в виде гражданской ответственности лица, допустившего злоупотребление; кроме того, санкции могут принимать вид уголовного наказания, административных штрафов, поражения в правах...

Принцип обязательного уважения конечных целей юридической системы и принцип добросовестности предполагают наказание за мошенничество.

## §2 Мошенничество

242. "Мошенничество состоит в уклонении от обязательного правила путем умышленного использования средства, производящего необходимый эффект и делающего такой результат неуязвимым с точки зрения позитивного права. Проблема мошенничества возникает... только тогда, когда средство, используемое субъектом... для уклонения от правила, оказывается эффективным как в юридическом, так и в материальном плане, то есть когда оно позволяет добиться нелегитимного результата и избежать каких-либо санкций, хотя бы в виде пересмотра дела" (1). Следует добавить, что использование нелегитимного средства может быть пресечено и без обращения к понятию мошенничества. А использование средства, не производящего нужный эффект, не позволяет добиться желаемого нелегитимного результата и поэтому не рассматривается в качестве пагубного.

Подобно теории правовых злоупотреблений, теория мошенничества представляет собой такой механизм самозащиты правовой системы, который позволяет ей корректировать отклонения, вызванные использованием юриди-

(1) J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, (éd. Dalloz 1957), préface G. Marty, p. 341; L. Josserand, "Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé" Ed. Dalloz, Paris 1928, Rééd. C.N.R.S., Paris 1984, p. 214 et s.

ческих правил. Как первая, так и вторая теория соответствуют идее, согласно которой право не может терпим относиться к использованию юридических институтов не по назначению и к использованию "буквы" институтов ущерб их "духу". В то же время, выступая в качестве двух средств достижения одного и того же результата, мошенничество и правовое злоупотребление имеют разную природу. В то время как злоупотребление предполагает использование заранее предусмотренных прерогатив, мошенничество выражается не в использовании уже признанного права, но в уклонении от юридического правила с целью получить право, которым данный субъект не обладает (1). Первыми, кто описал специфические черты мошенничества и предложил соответствующие санкции, были глоссаторы. В XVI в. Куйяс дал общую формулировку мошенничества. С начала XIX в. Кассационный суд утвердил на принципиальном уровне, что "мошенничество исключается для всех правил". Впоследствии данный принцип был воспроизведен в максиме "*fraus omnia corrumpit*". Итак, мошенничество вносит коррективы в нормальное функционирование юридических правил. Поэтому средство, используемое для уклонения от обязательного правила, лишается действительной силы; это делает возможным применение закона, от которого субъект пытался уйти. "Мошеннический акт лишается действительной силы только в той мере, в какой он является причиной результата, противоречащего нормам права: изощренным средством уклонения от обязательного правила" (2). Объявление используемого средства нелегитимным затрагивает только ту его часть, которая вступает в противоречие с правилом, от которого стремился уклониться субъект. То есть действует принцип "не-противопоставимости" последствий мошеннических действий;

по большому счету, это не равнозначно принципу полной недействительности акта.

243. Использование такого наказания ограничено по-этом} теми случаями мошенничества, для которых применима формула: "исключаются для всех правил". То есть некоторые виды нечестных манипуляций, уловок или обманов, которые подходят под понятие мошенничества в широком смысле, но для которых предусмотрены наказания посредством других легальных правил, не подлежат включению в строгое понятие мошенничества. Здесь же следует признать, что мошенничество выражается исключительно в том, что "кто-то использует определенное юридическое правило как прикрытие для нарушения другого юридического правила" (1), другими словами, пытается уклониться от обязательного правила путем использования теоретически легитимного средства, но с явно мошенническими намерениями.

Наиболее полно теория мошенничества развита в *международном частном праве*. Здесь мошенничество принимает вид таких действий, которые направлены на изменение фактических обстоятельств, определяющих процедуру и результат урегулирования конфликта, с применением нечестных средств. Речь может идти, например, о случаях, когда субъект, желая уйти от применения французского закона, представляет дело так, чтобы оно перешло под действие иностранного законодательства или наоборот. Поэтому французская правовая система, не располагая средствами, которые могли бы надежно противодействовать возможностям, которые открывают законы других стран, нуждается в механизме защиты своих интересов, и, наоборот, необходимо стремиться избегать таких ситуаций, когда французское право неправомерно использовалось бы в ущерб иностранным правовым системам. В международном частном праве используется термин "уклонение от за-

(1) J. Ghestin et G. Goubeaux, n° 745.

кона" (1), под которым понимается "использование легальных правил с целью уклонения от закона и осуществления акта, запрещенного данным законом". "Уклоняться от выполнения закона", значит, "избегать применения закона... , который должен быть применен, из тех соображений, что данный закон стесняет интересы и препятствует осуществлению намерений субъектов" (2). Отстранение французского закона или какого-либо иностранного закона путем мошенничества есть посягательство на юридический порядок, например, с целью добиться развода путем применения закона другого государства, в то время как данный случай развода подпадает под действие закона, который его запрещает.

Применительно к *внутреннему праву* отдельного государства говорят о "мошеннических действиях в отношении прав третьих лиц", которые выражаются в таких манипуляциях, наносящих ущерб определенным лицам, когда лицо, осуществляющее манипуляции, осознает, по крайней мере, что кому-то в результате его действий будет нанесен ущерб. Прежде всего это касается права, регулирующего выполнение договорных обязательств, когда имеет место нарушение, подлежащее санкции на основании паулинова иска. Случаи мошенничества встречаются также в сфере права, регулирующего семейные отношения, например, именно так квалифицируются случаи сокрытия рождения ребенка, случаи злостного уклонения от исполнения родительских обязанностей, случаи сокрытия фактов совместного проживания или, в коммерческом праве, случаи мошеннических действий по отношению к правам кредиторов.

Нарушение закона (включающее мошеннические действия) часто противопоставляется мошенническим действиям в отношении прав третьих лиц, но такая дифференциация

носит совершенно искусственный характер и относится к уровню терминологии (1). Нарушения прав третьих лиц — это тоже нарушения закона. И наоборот, нарушение закона часто оказывается нарушением прав третьих лиц или, по крайней мере, нарушением юридического порядка. Такое различие, основанное на психологическом критерии, неизбежно является произвольным. Единственный его плюс в том, что оно определяет тех, кто может применять санкции за совершение мошеннических действий. Сам принцип применения такой санкции свидетельствует о триумфе духа правовой системы над буквой закона в случаях, когда речь идет об описании форм юридического поведения или о толковании законов. Варьируется только представление о духе: это либо воля авторов законов, либо направленность (конечная цель) правила или института, либо внутренняя логическая связность юридической системы, либо высшие цели права.

#### • Иллюстрация

**I** — *Толкование законов, юридических правил или юридических актов оправданно только в тех случаях, когда они нуждаются в прояснении и уточнении*

Cass. Civ. 15 avril 1872, D.P. 1872, I, 1976; S. 1872, I, 232; Gds. Arrêts jurisp. Civ. 8<sup>e</sup> fid., n° 98.

(Фуко и Куломб против Пренго)

*В случаях, когда положения договора выражены ясно и точно, судьям не разрешается вносить изменения в вытекающие из данных положений обязательства и изменять включенные в текст договора дополнительные условия.*

#### **Приговор**

"Суд, на основании ст. 1134 Гражданского кодекса, принимая во внимание, что, согласно положениям данной статьи, "соглашения, оформленные законным образом, имеют

(1) J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.* n<sup>os</sup> 746 et s.

силу закона для тех, кто их заключил"; — что в случаях когда положения договора выражены ясно и точно, судьям не разрешается вносить изменения в вытекающие *т* данных положений обязательства и изменять включенные в текст договора дополнительные условия; — учитывая, что условие, на которое ссылаются заявители в своей кассационной жалобе, приводя его в качестве основания для отказа выплатить надбавки, на которые претендует Пренго в своем иске, настаивая на исполнении регламентарной инструкции, вывешенной на заводе компании "Фуко и Куломб", содержит недвусмысленно выраженную фразу: "само собой разумеется, во всех случаях надбавка выплачивается по усмотрению начальства"; — что данное условие, на основании которого вышеназванная компания настаивает на том, что она не обязана выплачивать надбавку, носит формальный характер и во всех случаях противопоставляется работникам данного завода; — что напрасно..., совет сведущих людей Флера ссылается, с одной стороны, на то, что Пренго выполнял свою работу в полном соответствии с вышеупомянутой инструкцией, и, с другой стороны, на то, что прежде он получал надбавки; — что заявители, действительно, производя выплату данного вида надбавки, а с определенного момента отказываясь ее выплачивать Пренго, использовали зарезервированное в тексте соглашения право применять или не применять пункт инструкции, процитированный выше, по собственному усмотрению; — из чего следует, что, приговорив компанию "Фуко и Куломб" выплатить надбавки, на которые претендует Пренго, оспариваемое решение формально нарушило положения ст. 1134 Гражданского кодекса; — и, учитывая все это, отменяет..."

*Ст. 1156 Гражданского кодекса*

**Ст. 1156.** При рассмотрении соглашений следует исследовать вопрос о том, какова была общая воля договаривающихся сторон, а не концентрировать внимание на буквальном смысле положений.

*Ст. 12 Гражданского кодекса Нижней Канады*

Ст. 12. В случаях, когда закон вызывает сомнение или изложен двусмысленно, он должен толковаться исходя из общих установок законодателя и из соображений достижения цели, составляющей предмет данного закона.

Преамбула, которая является частью акта, служит его объяснению.

II. — *Оценка (описание) поведения*

*Выдержка из "Leçons de droit Civil"\*, T.I de H.L. et J. Mazeaud par M. De Juglar, n° 50.*

50. *Социализация прав: теория правовых злоупотреблений.* — Отталкиваясь от права собственности, юриспруденция распространяет практически на все другие права теорию правовых злоупотреблений: так, например, однажды было решено, что возможны случаи злоупотребления правом разрыва трудового соглашения (данный случай из судебной практики был закреплен на уровне закона), злоупотребления правом на забастовку, неправомерное использование законных способов или возможностей инициации судебного процесса или осуществления защитных действий в судебном порядке. Таким образом, для того чтобы избежать регрессивного требования, недостаточно просто прикрываться тем фактом, что данное лицо является обладателем такого-то права; следует не злоупотреблять данным правом, так как лицо, которое им злоупотребляет, обязано возместить ущерб, причиненный другому лицу. *Права индивида, таким образом, больше не являются абсолютными; каждый, в процессе их осуществления, должен учитывать, помимо своих собственных интересов, общественные интересы.* Новый принцип, проявив твердость перед натиском индивидуализма Гражданского кодекса и всеобщего эгоизма, подчинил общественным интересам всю

"Уроки гражданского права". (Прим. пер.).

правовую систему, позволив, таким образом, органам судебной власти осуществлять контроль за использованием почти всех действующих прав.

И только французские трибуналы отказались идти по этому пути до конца; они остановились на том, что приняли четкий критерий для определения правового злоупотребления: *нарушение, совершенное обладателем права*.

В условиях советского права данный критерий формулируется иначе: неправомерным считается акт, осуществленный вопреки "экономическому и общественному предназначению" прав, или, в польском праве (ст. 5 Гражданского кодекса ПНР 1964 г.), вопреки "социальной или экономической цели, заложенной в правах", или вопреки "принципам общественной жизни Польской Народной Республики". Это примеры, когда процесс социализации права зашел слишком далеко: опасно предоставлять судье возможность определять смысл предназначения права, который может меняться в зависимости от политической конъюнктуры; индивид утрачивает всякие гарантии использования своих прав; индивидуальные интересы приносятся в жертву общественным интересам, которые в свою очередь зависят от того, как их понимает судья в момент вынесения приговора.

## Глава 2

# ЮРИДИЧЕСКИЕ СУЖДЕНИЯ

244. Одной из характерных черт права ученые иногда называют его иррационализм, утверждая, что юридическое решение на уровне интуиции связано с фактами и вытекает из их партикуляризма. В расчет независимо от правовой системы следует принимать только реалии действительности, и юридические правила могут выливаться в хаотичные распоряжения власти. Подобный юридический "экзистенциализм" вступает в противоречие со всякой идеей юридической безопасности, поскольку последняя предполагает надежность и точность юридических правил, организованных в цельную систему, и исключает беспорядочное усвоение рыхлой и неустойчивой массы фактов. В идеале следует, наоборот, стараться выводить решение любой юридической ситуации, используя арсенал ясно сформулированных юридических правил; в таком случае решение возникало бы совершенно естественно, как результат чисто логического рассуждения. Однако такой формальный способ обнаружения юридических решений ведет к постепенной самоизоляции от реальных фактов, вплоть до их полного неприятия. Но как только право начинает удаляться от конкретных реалий действительности, которыми должно управляться, оно перестает быть правом.

Влияние позитивизма приучило умы отождествлять юридическую логику с неким вариантом формальной логики; недостатки последней — злоупотребления и ограниченность — показал в своих работах, опубликованных в

начале XX в., Жени (1). Современные концепции права, сформировавшиеся после Второй мировой войны, наоборот, отмечены негативным отношением к аналитической и дедуктивной концепции права и возрождением тенденций, близких теории естественного права.

Строгий математический расчет и разнузданный экзистенциализм — это крайние позиции, между которыми существует большое количество промежуточных установок. Жени не настаивал на необходимости извлечь юридическую технику от рационального начала. Он признавал, что "в любой юридической разработке... на первое место выходят интеллектуальные операции и методология, базирующиеся на принципах общей логики; относительно большая гибкость последней обусловлена природой самого рассматриваемого предмета: юридические правила (разнообразие моральных норм)" (2). Юрист для того, чтобы применить объективные данные права, должен изыскивать средства достижения предложенной ему общей цели. А согласно Жени, "если имеет место удовлетворительное соотношение средств и цели, именно соотношение, то средства как таковые, собственно логический принцип, могут меняться; некоторые могут приводить к цели; между такими и следует выбирать. Воля, и только, может сделать этот выбор" (3) Нельзя отрицать, что право — это наука, то есть "совокупность знаний, упорядоченных в соответствии с определенными принципами" (4), и что эта наука имеет свои особые виды рассуждения и целый ряд технических приемов. Чтобы понять методы права и использовать его, необходимо попытаться дать характе-

(1) F. GénY, *Méthodes d'interprétation et sources en Droit privé positif*, 2<sup>e</sup> éd. 1919 et "nouveau tirage" L.G.D. J. 1954; *Science et technique en droit privé positif* (1914-24). См. M. Mialle, *Une introduction critique au droit* (Ed. F. Maspéro 1976), pp. 201 et s. (logique et alogique juridique).

(2) F. GénY, *Science et Technique en droit privé positif*, T. IV, n° 302.

(3) *Op. précité*. T. III, n° 183.

(4) Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. См. Science, cens C.

ристику юридических суждений, выявить их структуру и определить особенности.

245. "Суждение" определяется как "последовательность пропозиций, образующих друг с другом связи, согласно определенным принципам, и в результате дающих какое-то заключение" (1).

Юридическое суждение выражается последовательностью интеллектуальных операций, способных привести к решению юридических проблем благодаря определенному набору логических приемов.

Охарактеризовать юридические суждения значит определить методы, позволяющие найти нужное решение.

Хотя для того, чтобы подтвердить правоту таких определений, следовало бы изучить все юридические системы, а за невозможностью сделать это приходится довольствоваться общими схемами и на их основании выдвигать хоть какую-то правдоподобную гипотезу, мы имеем основания полагать, что в праве существуют постоянные способы суждения. Необходимо раскрыть "структуру юридической мысли, которая лежит в основе всех правовых систем, но никогда не выступает наружу", потому что зарыта в самую глубину, "под толщу институтов, которые придают каждой системе особый профиль" (2). Поэтому речь может идти о том, чтобы выявить самое нить юридических суждений, которые, будучи используемыми для урегулирования различных социальных отношений, принимают разный вид в разные исторические эпохи и в разных странах; необходимо выявить также конечные цели (направленность) права, которые будут своими особыми у каждой конкретной правовой системы, и используемые средства, характер которых зависит от конкретного юридического порядка.

(1) Dictionnaire P. Robert.

(2) M. Virally, *La pensée juridique* (Ed. L.G.D. J. 1960), *La science du droit*, XXXV.

СТРУКТУРА  
СУЖДЕНИЙ

246 Суждение как процесс состоит в том, чтобы вывести новую пропозицию из ее связей с другими, уже установленными пропозициями или, наоборот, привести доказательство истинности данной пропозиции путем поиска пропозиций, которые могут ее обосновать логически. Суждение в зависимости от конкретного случая состоит, таким образом, в умозаключении или доказательстве. Это рассудочная операция, отличающаяся от интуиции, то есть от непосредственного и полного постижения объекта мысли. Поэтому из числа суждений следует исключить индивидуальные и субъективные мнения, например, ставшие знаменитыми выводы "доброго судьи" Магно, который в конце XIX в. хотел мотивировать "применение закона договоренностями на человеческом и социальном уровне, избегая всякого профессионального духа...". Жени констатировал, что "независимая" разработка права "неизбежно и фатально приводит в конечном итоге к ненадежности и неустойчивости позитивных решений, имея в качестве точки отсчета своего рода юридическую анархию, сметая все ограничения на уровне суждений, уничтожая всякую безопасность на уровне конкретных дел" (1). Конечно, чтобы раскрыть взаимосвязь и единство элементов комплексного суждения, необходимо, как полагал Декарт, частично привлекать интуицию, хотя мы могли бы, следуя за Лейбницем, указать на логическую необеспеченность интуиции и чувства очевидного и гарантировать строгость суждения, сведя его к расчетам с использованием логических символов. Однако юридическое суж-

дение, без всякого сомнения, располагается на полпути между интуицией и математическими расчетами, ибо не оперирует ни хаотическими рефлексам, ни простыми и абстрактными формулами. Оно одинаково убедительно доказывает существующие пропозиции и выводит новые. Оно вторгается как в сферу чисто интеллектуальной спекуляции в теоретических целях, так и в целях разрешения жизненных проблем в практическую плоскость.

Современные юристы задаются вопросом, что есть юридическая логика. Некоторые отождествляют с ней аргументацию для умозаключений, своего рода дедукцию, построенную на предустановленных логических правилах (1). Другие считают, что "юридическая логика — это логика материальная, которая должна наводить нас на размышления о том, что следует делать, когда мы хотим получить истинные, или по крайней мере корректные, в юридическом смысле решения" (2). Есть, наконец, специалисты, которые думают, что существует одна-единственная логика и что "среди различных случаев применения законов или универсальных логических правил встречаются такие, субъектами которых выступают юристы, действующие в определенных областях юридического знания", и что "анализ различных случаев применения — в различных сферах юридических знаний — универсальных законов и логических правил" представляет определенный научный интерес и может принести пользу. Эти ученые утверждают, что "не имеет смысла изучать юридическую логику в собственном смысле этого слова, поскольку ее просто не существует" (3).

Примерно так же К. Перельман считает, что если мы отождествляем любую логику с формальной логикой, тог-

pp. 287 et s. F. Génay, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, T. II,

(1) U. Klug, *Juristische Logik* (1966), p. 7.

(2) K. Engisch, *Einführung in das Juristische Denken* (1956), p. 5.

(3) G. Kalinowski, "Y a-t-il une logique juridique?", *Logique et analyse* 1959, p. 53.

да "просто смешно говорить о какой-то особой юридической логике, как было бы смешно говорить о биохимической логике..., используя при этом операции формальной логики в трактате на биохимическую тему..." (1). Следовательно, мы будем исходить из того, что юридические суждения, которые, как и любое другое суждение, могут быть более или менее строгими, подчиняются, с учетом необходимых транспозиций, законам традиционной логики, но имеют при этом определенные особенности, исследование которых составляет в настоящее время предмет "деонтической логики", свойственной нормативным пропозициям. Данная логика, применимая к правилам поведения, наиболее полно разработана у финского ученого Фон Райта, а во Франции — у М. Калиновски (2). Юридические суждения являются, таким образом, всего лишь частными случаями конъюнкций и транспозиций общих форм суждения. Впрочем, исследование типологии суждений (§1) делает очевидным партикуляризм юридического суждения (§2).

### §1 Общая типология суждений и юридическое суждение

247. Природе права присуще наделять юридические решения не более чем относительной достоверностью. Несмотря на то, что встречаются такие суждения, которые обладают достаточной достоверностью, есть и другие, основанные на посылках, обладающих лишь относительной правдоподобностью, и поэтому спорные (1). Аристотель в своем "Орга-

ноне", анализируя суждения, различает *аналитические суждения*, которые, отталкиваясь от обязательных или бесспорно истинных посылок, в конечном итоге приводят к умозаключениям, в равной степени обязательным или истинным, и *диалектические суждения*, которые, основываясь на логической аргументации, приводят от аргументов к решению и не включают обязательный переход от посылок к умозаключению, выражающему поэтому всего лишь вероятность. В то время как *формальная логика* придерживается обязательного суждения, *логика аргументов* включает только вероятностное суждение (Б). Однако обе эти логики могут быть использованы для операций *анализа* или *синтеза* (А).

### А • Анализ и синтез, дедукция и индукция

248. Выведение умозаключения из посылок может соответствовать двум противоположным движениям мысли: либо мы исходим из принципа, чтобы вывести из него какое-то следствие, либо, наоборот, отталкиваясь от данного следствия, пытаемся индуктивно вывести принцип, от которого оно может происходить. Подобная дуальность интеллектуальных операций является выражением самой общей оппозиции между операциями синтеза и анализа (1).

Синтез — это такой способ развития мысли, когда движение идет от достоверных пропозиций к пропозициям, которые являются обязательным следствием первых (2), по дедуктивному пути. Анализ, напротив, есть способ регрессивного рассуждения, восходящего от следствия к принципам, которые оцениваются как истинные и на основании которых можно строить выводы. Дедуктивный способ мышления, синтез, характерен прежде всего для математи-

п<sup>о</sup>4. (1) Ch. Perelman, *Logique juridique — nouvelle rhétorique* (2<sup>e</sup> éd. 1979),

(2) "Introduction à la logique juridique", These Paris 1965; "de la spécificité de la logique juridique", Л/т/т. *Philosophie du droit* 1966, p. 7; "Logique formelle et droit", *Ann. Fac. Droit et Se. Eco.* Toulouse 1967/197. См. также J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil — Introduction générale*, n° 44.

(3) J. Dabin, *Théorie générale du droit* (1969), n° 270.

(1) R. B., *Encyclopedia Universalis* см. Raisonement.

(2) Данный термин в более общем смысле обозначает операцию, которая предполагает движение от простого к сложному, или интеллектуальную операцию, посредством которой элементы познания объединяются в единую и цельную систему.



ческой логики, где на основании базовых пропозиций все другие пропозиции доказываются как теоремы (1). Индуктивное суждение исходит из наблюдаемых явлений, а затем на их основе путем предварительных гипотез выводятся принципы, точность которых впоследствии проверяется посредством дедукции различных следствий. Такой метод используется в естественных или экспериментальных науках, где бывает необходимо подтвердить следствия из принципов, полученных в результате индуктивных заключений в ходе эксперимента, чтобы подтвердить или подвергнуть сомнению эти принципы.

Поэтому юридическое суждение принято характеризовать по отношению к двум названным методам.

249. Долгое время считалось, что *дедукция* сводится к силлогизму, который Аристотель определял как "такое рассуждение, когда имеется несколько положений, из которых неизбежно вытекает какое-то другое положение, причем в силу только того, что есть первые положения". Часто силлогизм представлялся (2) как основание наиболее общего характера для любого случая применения права. При такой логике рассуждения, когда из отношения двух членов, "посылка" (главной и второстепенной), выводится "заключение", юридическое правило было бы главной посылкой, а конкретный индивидуальный случай — второстепенной; "заключение" выражалось бы судебным решением, допускающим или отвергающим возможность применения к рассматриваемому случаю правила из арсенала соответствующего раздела права. Такая концепция, безусловно, точно отражает ход рассуждений судьи, когда он должен применить право к конкретным фактам (3). В то

(1) R. Blanche, "L'évolution de la logique mathématique contemporaine" in *Ann. Fac. droit et S. éco.* Toulouse 1967, T. XV, Fasc. 1, pp. 13 et s., not. p. 18.

(2) H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, These Lyon 1948.

(3) См. *ниже*, n° 267 et s.

же время такой ход рассуждения состоит в формировании цепочки последовательно связанных силлогизмов, хотя должен быть более разнообразным, поскольку в праве результат, например, наказание, не обязательно следует за причиной, в частности за правонарушением. Деяние не производит само по себе свои правовые следствия, которые, для того чтобы стать реальностью, нуждаются в применении определенных правил, определенных механизмов (судебный иск, судья, процесс, доказательство, решение, исполнение...). В такой цепочке чисто юридических пропозиций силлогизм не утрачивает своего значения. Основываясь на принципах иерархии законов и превосходства закона над регламентом, мы делаем заключение, что регламент не может нарушать закон. Примеров такого рода рассуждений можно привести много. Однако математическая логика включает фазу аксиоматического представления, которая требует полных и строгих определений для всех понятий и пропозиций, используемых в ходе доказательства (1). Аксиоматизация основывается в данном случае "на свободном выборе определенного числа дефиниций и аксиом, которые полагаются в качестве гипотез, независимо от их связи с реальной действительностью, и из которых впоследствии логически выводится любая система" (2). Безусловно, право включает большое число концептов, имеющих определения и точные дефиниции; право не обходит стороной и аксиомы. Однако юрист не свободен в выборе используемых им концептов и аксиом, на которые он опирается, так как он обязан соблюдать нормы позитивного права. Он не отрывается от реальности; наоборот, он никогда не должен терять ее из виду; если принципы и концепты выявляются путем абстрагирования из интересов, которые они представляют, тогда, соединяясь в логи-

(1) J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, n° 39.

(2) P. Hébraud, "Rapport introductif du colloque sur la logique judiciaire" in *Trav. et Rech. Fac. Droit et Sciences éco.*, Paris 1969, pp. 23 et s., spec. p. 36.

ческие последовательности, они не могут довольствоваться просто отсутствием противоречий или отсутствием взаимной несовместимости. Право не может ограничиваться только усилиями мысли: оно должно обеспечить возможность удовлетворения конкретных требований общественной жизни. Наконец, юридические концепты и правила никогда не образуют завершённую систему, состоящую из ограниченного числа элементов. Общественная эволюция неизбежно предполагает появление новых правил и понятий, которые дополняют, иногда не без возникновения противоречий, действующую систему; соединение юридических пропозиций не ведёт, как в математике, к обязательным выводам, но гораздо чаще к выводам, выражающим вероятность.

**250.** Позволяет ли *индукция* охарактеризовать юридическое суждение? Мы можем представить ситуацию таким образом, что юридическая наука, основываясь на наблюдении существующих юридических систем, путем индукции выводит принципы, которые затем применяются, и извлекает из них логические следствия. В таком случае юридический метод рассуждений оказывается очень близким экспериментальному методу. Вместе с тем необходимо отметить, что наблюдаемые юридические явления — это явления интеллектуального, а не материального порядка, и что они наблюдаются не напрямую, но опосредованно: сначала они должны быть интерпретированы средствами логики, а затем отображены в концептах. Юристы создают типологии юридических явлений, выделяя в них константы и сводя их в юридические категории, подчиненные определенному режиму (1). Эти категории сравнимы с биологическими типами, которые также основываются на сходствах и различиях по отношению к "организованным комплексам связанных друг с другом комплементарных, т.е.

дополнительных, признаков". Однако юридические категории имеют особенность: они не ограничены в числе и предрасположены к постоянному обновлению (1).

Что касается родства юридического суждения с суждением индуктивного типа, свойственного экспериментальным наукам, следует отметить, что первое имеет особую направленность (конечную цель). Право не стремится только констатировать или объяснять факты. Его смысл — действие, связанное с оценочным суждением и с реализацией некоторой цели, причем ценности и цель не "отдаются на произвол научных изысканий юриста", но "принимаются обществом и теми, кто осуществляет власть в обществе" (2).

Итак, юридический метод суждения, часто проистекающий из экспериментальных пропозиций, которые выступают по отношению к нему посылками, не обязательно сводится к естественному закону, выполняющему роль заключения. Этот метод основывается также на предустановленной конечной цели, на которую пытаются ориентировать социальные явления, или на заранее введенном правиле поведения, из которого выводятся следствия. То есть речь может идти о смешанной, с логической точки зрения, процедуре: это и не синтез, использующий дедуктивную логику, и не анализ, основанный на индуктивных логических операциях; специфика такой процедуры может объясняться столкновением формальной логики и логики, построенной на аргументации.

## **Б • Формальная логика и диалектика**

**251.** — Аристотель в "Органоне" проводит различие между аналитическими и диалектическими суждениями. "*Аналитические суждения* — такие суждения, которые, основываясь на обязательных посылках или, по крайней мере, на бесспорно истинных посылках, в результате благодаря

(1) J.L. Bergel, "Différences de nature égale différence de régime", *Rev. Trim. de Dr. Civ.*, 1984, pp. 255 et s., см. выше, n° 189 et s.

(1) J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, n° 43.

(2) J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, n° 42, см. выше, n° 198.

тавтологическим выводам дают заключения, тоже обязательные или истинные..." Для Аристотеля типовым аналитическим суждением был *силлогизм* (1). Ценность таких суждений не зависит от точности задействованных пропозиций. Их корректность не зависит от их содержания, но только от формы, поскольку, если на место материальных пропозиций поставить символические переменные, независимые от любых пропозиций, истинных или ложных, полученная схема выводов будет значимой, потому что она позволит ввести третью формулу в качестве заключения двух первых, принимаемых в качестве посылок. Если любое А есть В и если С есть А, следовательно, С есть В. Данные логические схемы являются своего рода "пресс-формами суждений"; если переменные одной из таких схем — А, В, С — заменить членами с конкретным содержанием, суждение сохранит свою корректность, потому что будет подчиняться закону логики (2). Схемы гарантируют истинность заключения при условии истинности посылок; поэтому их ценность имеет чисто формальный характер. Существуют другие типы аналитических суждений, например, построенные на *транзитивных (переходных) отношениях*, которые позволяют производить выводы "по цепочке"; если Р имеет следствием Q, и Q имеет следствием R, тогда R является также следствием Р. Однако такое отношение имеет определенную ориентацию и не симметрично: истинность принципов влечет за собой истинность следствия, так что если следствие ложно, один из принципов тоже ложен; зато истинность следствия не гарантирует истинности принципов, поскольку истинное может выводиться из ложного.

*Диалектические суждения* основываются на совокупности доводов, используемых в дискуссии с целью что-либо доказать, опровергнуть, кого-либо убедить. Они

(1) Ch. Perelman, *op.cit* n° 1

(2) R.B., *op. cit.*

применяются не для научных доказательств, но в ходе размышлений и споров. Они состоят не в том, чтобы делать выводы путем принудительных процедур, основанных на предустановленных правилах, но в том, чтобы, используя все возможные средства убеждения, средства критики и оправдания самых разнообразных тезисов, находить вероятные истины путем максимально широкого согласования встречных мнений (1). Диалектические суждения не исключают силлогизм. Но в данном случае речь не идет уже об аналитическом силлогизме, уже одной своей формой не подходящем для какой-либо дискуссии и ведущем к обязательному заключению. Речь идет об "антиномии", то есть о сокращенной форме силлогизма, под которой принято понимать одну из двух посылок или заключение (2). Еще одно отличие заключается в том, что диалектический силлогизм строится на посылках, которые выражают всего лишь вероятность или допустимость, хотя и имеет ту же структуру, что и аналитический силлогизм. Сомнения возникают в большей мере относительно обоснованности той или иной посылки, а не структуры суждения, которая в данном случае оказывается всего лишь строгой формализацией перехода различных аргументов в заключение. Такой тип силлогизма ведет, как правило, к решению; переход посылок в заключение не обязателен: если бы он был обязательным, не было бы выбора, то есть не было бы места для принятия решения.

252. Допустимо ли отождествлять юридическое суждение с разновидностью формальной логики? Любая юридическая система стремится обеспечить субъектам, которыми она управляет, безопасность, в которой они нуждаются, и, следовательно, должна обеспечить для каждого возможность узнать заранее правила, которым он будет подчинен.

(1) Ch. Perelman, *op. cit.*, n° 12; J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.* n° 45.

(2) Пример: знаменитая энтимема Декарта: "Я думаю, значит, я существую".

Все это предполагает достаточную стабильность правил внутреннюю логическую цельность системы, базирующуюся на специфической организации отношений между составляющими эту систему элементами: каждый элемент должен зависеть от других, не может быть описан или использован независимо от своего контекста, но, наоборот, влияет на свое окружение. Фискальный режим какой-то операции имеет значение только по отношению к своему гражданскому режиму, который сам по себе затрагивается фискальным статусом; модификация последнего невозможна без соответствующего рассмотрения таких проблем, как применение закона во времени, виды наказаний за нарушения, понятие добросовестности, процедуры разрешения споров в судебном порядке, пути исполнения... Право не может свыкаться с импровизированным или анархичным характером своих правил. Последние должны дополняться и исправляться, приспосабливаться друг к другу, в процессе разработки соотноситься друг с другом. Разнообразие позитивного права может быть сведено к количественно ограниченному набору элементарных структур, которые, следуя структуралистам, можно было бы пересчитать и сделать очевидными.

Поэтому сегодня, когда резко выросли престиж и влияние математических наук, возникает соблазн искать материал для дальнейшего развития юридической науки, который ей могут дать теория систем, теория игр, теория принятия решений, теория комплементарности..., и, в условиях повальной компьютеризации, соединить право с языком информатики и математической формулой. Уже Декарт собирался применять во всех науках математический язык, а Лейбниц сделал попытку описать право при помощи дефиниций, аксиом или последовательности теорем (1).

(О См. J. Ghestin et G. Goubeaux, *op.cit.*, n°37; M. Villey, "Histoire de la logique juridique", *Ann. Fac. de Droit et Sc. Eco. Toulouse* 1967, T.XV, Fasc. I, p.69.

Мы можем только мечтать о юридическом правиле, которое выводилось бы из строгого логического суждения, использующего точную терминологию, иерархию правил, закрепленную в позитивном праве, и возможность извлекать частные решения из определенного набора бесспорных аксиом. Остается надеяться, что однажды, хотя бы в отдельных отраслях права, математическая формула станет управлять юридической логикой. отождествление юридического суждения с формальной логикой придает первому точность и достоверность, чего ему часто не хватает, и может восприниматься как благо.

Однако пытаться свести право исключительно к уравнениям, значит клонуть на ложную приманку. Эта попытка столкнется с непреодолимыми препятствиями методического плана и с проблемой конечных целей (направленности) каждой юридической системы.

Математическая логика предполагает не только аксиоматическую презентацию и дедуктивное оформление, но также использование символики и соответствующего способа расчетов вместо суждения с использованием образов; следует отметить, что продуктивность дедуктивного анализа математического типа не имеет предела. И все-таки данный метод несовместим с юридическим методом. Право изобилует примерами нарушения логических решений, полученных дедуктивным путем из какой-либо аксиомы. Эти исключения обусловлены другими установками, принципами и другими аксиомами, многочисленность, взаимопроникновение, а иногда запутанность, большая или меньшая напряженность которых делают невозможным выражение позитивного права в математической форме. Какими средствами передать, что договор имеет силу только для договаривающихся сторон, но по отношению к другим субъектам предусматривается, что некоторые обязательства могут быть перенесены на тех из них, кто косвенно заинтересован в том, что составляет предмет данного договора?

Что можно заключать договора через доверенных лиц? (1). Как учесть многочисленные конъюнкции между всеми разнообразными выводами, которые постепенно приводят к юридическому решению? Вероятность получения удовлетворительных ответов на эти вопросы тем более иллюзорна, что современный законодатель из соображений удобства умножает число исключений из общих правил, а акцентированная специализация явлений из разных юридических сфер способствует развитию казуистики в ущерб общим принципам. Более того, не все юридические концепты поддаются точному определению; например, общественный порядок или правила приличия, концепты, которые играют роль корректирующих элементов и факторов приспособляемости юридического правила к фактам действительности и контуры которых крайне размыты (2), настолько неопределенны, что сегодня стали говорить о "размытости, отекаемости права", или о "размытой логике", или даже о "поливалентности" формальной или дедуктивной логики (3). Правило позитивного права основывается исключительно на логическом соображении. Оно является производной от выбора философских, моральных посылок, технических средств оформления. Правило позитивного права — это плод постоянного соперничества и арбитража противоположных интересов. Во многом оно задается явлениями социального порядка, предыдущим состоянием правовой системы и его акту-

(1) E.S. de la Marnierre, *Éléments de méthodologie juridique*, n° 91.

(2) См. n° 185.

(3) M. Delmas-Marty, "Le flou du droit", Ed. P.U.F., Coll. "Les voies du droit", Paris 1986; "Vers une autre logique juridique: à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme", D.S. 1988 I 221; G. Kalinowski, "La logique floue vers la logique formelle? ou plaider en faveur d'un enseignement de logique aux étudiants de droit" D.S. 1988 I 297 (пример уточнения и критики такого определения).

альным юридическим окружением. Итак, содержание юридического правила и используемая им юридическая техника зависят от выбора и дозировки ценностей разного уровня, которые схематично могут быть представлены в виде "трилогии: безопасность, справедливость и социальный прогресс" (1). Нельзя забывать о неоднородности, а иногда об определенной нелогичности или противоречивости законов. Таким образом, право противостоит любым попыткам общей систематизации и алгебраической формализации.

Кроме того, сведение права к формальной логике противоречило бы главной направленности (конечной цели) любой юридической системы. Функция права состоит в том, чтобы управлять жизнью общества, и оно не может игнорировать конкретные реалии, как и изменения на уровне событий и духовных течений. Мы уже показали масштабы угрозы, вызванной переходом от конкретного к абстрактному, "угрозы слепого дробления элементов действительности...", и степень риска, обусловленного тем, что формальная логика накладывает на право печать догматизма и строгости, несовместимой со сложным характером реальной действительности и гибкостью жизни (2). Динамика фактов не совпадает с ритмом и направлением дедуктивных выводов в духе формальной логики. Право не может позволить обворовать себя мифом о стройности логических рассуждений и изменить реальной действительности. Более того, "при любой технике суждений, используемой в праве, праву всегда безразлична реакция сознания людей на несправедливость результата, к которо-

(1) B. Tabbah, "La trilogie: sécurité, justice et progrès social", in *Mélanges Rouhier*, T. I, pp. 459 et s.; P. Rouhier, *Théorie générale du droit* (Ed. Sirey 1951), n° 37.

(2) F. Génay, op. cit., T. III, в частности n°s 213 et 222; L. Husson, "Les apodes de la logique juridique", *Ann. Fac. de Droit et Sc. Eco. Toulouse* (1967), Fasc. 1, p. 63.

му приводят данные суждения". К. Перельман показал, что "ничто не мешает представить юридическое суждение... в форме силлогизма, но такая форма никоим образом не гарантирует ценность заключения. Если последнее оказывается неприемлемым, значит, неудачно были подобраны посылки" (1). Таким образом, он отдает предпочтение "логике приемлемости", отвергая то, что не подчиняется "здравому смыслу". Для Перельмана главный вопрос формулируется следующим образом: "должна ли логика обязательно ограничиваться анализом доказательных суждений... или она должна в равной мере исследовать самые разные типы суждений, которые предоставляют аргументы в пользу того или иного варианта, того или иного решения? Рассуждать — это только строить выводы, вести расчеты или приводить доказательства? или это еще приводить доводы за или против данного тезиса?" (2). "Усилия юристов... были направлены на примирение техники юридических суждений со справедливостью, или, по крайней мере, на обеспечение социальной приемлемости решения". Перельман очень четко показал, что "уже одной такой установки достаточно, чтобы ясно увидеть несовершенство, с точки зрения права, чисто формального суждения, которое может довольствоваться контролем за корректностью выводов, не затрагивая вопроса о ценности заключения" (3).

253. Может быть, в таком случае юридическое суждение является суждением диалектическим? Мы показали, что юристы Античности и Средневековья, как талмудисты, так и греки или римляне, а затем итальянские глоссаторы, в процессе рассуждений шли не путем принудительной дедукции выводов из предустановленных правил, но путем контрверза, приводящих благодаря использованию

приемов риторики и диалектики к аристотелеву смыслу, к заключениям, выражающим простую вероятность и основанным на аргументации (1). Контрверза, или столкновение мнений, как прием или метод имела следствием сначала исключение отдельных аргументов, сопровождаемое доказательством их несущественности, затем — отсеивание отдельных решений в силу их абсурдности; при этом не устанавливалось жесткой связи между каким-то видом аргументов и единственным обязательным решением. "Чтобы прийти к искомому решению, следовало включить дискуссионную проблему в плоскость традиции, признанной гражданской или религиозной властью, продемонстрировать очевидную схожесть рассматриваемого случая с ранее принятым решением или подвести этот случай под текст закона, трактующего случаи такого же типа". Оправдание решения путем его включения в юридический порядок, основанный на прецедентах, а иногда на актах законодательной власти, наглядно объясняет логическую основу различных правовых систем: как "обычного права", так и романо-германских правовых систем (2). Следы использования подобного метода рассуждения, основанного на сопоставлении мнений, обнаруживаются в диалектике Гегеля, который соединял противоречия тезиса и антитезиса в одну категорию, синтезировал их. Идеи Перельмана стимулировали работу ученых Бельгийского национального центра логических исследований; последние показали, что логика, основанная на аргументации, также питает юридическое суждение, в частности суждение, которое имеет место при принятии судебного решения (3).

(1) Ch. Perelman, *op. cit.* n° 98.

(2) Ch. Perelman, "Le raisonnable et déraisonnable en droit" Ed. L.G.D.J. *Bibl. de Philo du Droit*, ne. 29, Paris 1984, p. 94.

(3) Ch. Perelman, *op. cit.*, "Logique juridique...", n° 8.

(1) M. Villey, *op. cit.* pp. 72 et s.; J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, n° 45; Ch. Perelman, *op. cit.*, n° 7.

(2) Ch. Perelman, *op. cit.*; см. также William Twining Ed., "Legal theory and common law", Basil Blackwell, New-York, 1986.

(3) Ch. Perelman, *op. cit.*; Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *La «logique» rhétorique. Traité de l'argumentation*, 2<sup>e</sup> éd. 1970.

Кроме того, ученые установили, какую роль диалектика играет в позитивном праве (1), в ракурсе двойной природы права собственности, права аренды, собственности на невещественные движимые ценности или коммерческих фондов; природа перечисленных явлений имеет ту особенность, что здесь сосуществуют две противоположные, но взаимодополняющие посылки, причем каждая из посылок имеет свою собственную область применения. Чтобы учесть при построении суждений в том числе этот дуализм, необходимо придать более широкое толкование методу диалектического суждения, который предполагает, что "никакой принцип, ни в каком вопросе не может быть провозглашен или принят без единовременного принятия противоположного принципа". В то же время, согласно Е. Бертрону, юридическая диалектика должна "служить справедливости": "определение конкретного принципа, который должен быть использован, а не другого, противоположного ему, не может быть результатом произвола, но следствием выбора или естественного движения, соотносящихся с целью или нормами справедливости или морали или с необходимостью защитить те или иные интересы". Между крайними случаями применения каждого из принципов возможны самые разные нюансы; такие промежуточные случаи выражаются в том, что каждый из принципов получает свою долю применения. Каждый принцип предполагает существование противоположного принципа. Подобный дуализм действует иногда в истории: любой режим, ориентированный на интересы индивида, на поверку оказывается частично коллективистским, а любой коллективизм несет в себе, в зародыше, идею индивидуализма. Какое-то состояние права никогда не выступает только в качестве одного из этапов в последовательности непрерывных чередований периодов с преобладанием индивидуального или социального.

(1) E. Bertrand, *Le rôle de la dialectique en droit privé positif*, D. 1951 I 151 et s.

Поэтому силлогизм остается главной опорой суждения, но выбор посылок предполагает каждый раз новый спор мнений. Ни одна посылка не может быть принята без принятия в тот же момент противоположной посылки, следовательно, не может быть зафиксировано ни одно заключение без предварительного рассмотрения противоположного заключения и без предварительной процедуры выбора одного из двух возможных заключений: если право нанимателя есть право личное, тогда оно не должно передаваться вместе с арендуемым имуществом; если же речь идет о вещном праве, тогда оно передается вместе с имуществом. Для эффективной защиты договора и интересов нанимателя необходимо, чтобы его право в продолжение всего срока аренды было привязано к предмету аренды, хотя наниматель обладает только правом личного свойства; дело в том, что другая конфигурация силлогизма означала бы, что аренда должна заканчиваться с истечением срока договора (независимо от состояния предмета аренды). Влияние диалектики на юридическое суждение не исключает любое вмешательство формальной логики. Этим объясняется определенная смешанность юридических суждений, свидетельствующая об их партикуляризме.

#### **у Партикуляризм \*\* юридических суждений**

**254.** В данном параграфе нам предстоит уточнить основные аргументы, из которых выстраивается юридическая аргументация (А), а затем описать смешанную природу юридического суждения (Б).

#### **А • Юридическая аргументация**

**255.** Существует много видов аргументов, характеризующих юридическую логику, но мы можем попытаться составить список, в который войдут наиболее показательные из них. В настоящее время часто выделяют в особые

виды "аргументы власти" и "аргументы рассудка", которые смешиваются в юридических суждениях (1).

Прежде всего следует назвать *аргументы авторитета*, выводимые из обязательной силы закона, из прецедентов судебной практики, из мнений, составляющих традицию толкования, или из интерпретации закона органами администрации. Юрист, прибегающий к аргументам данного типа, вынужден, квалифицируя конкретные ситуации, соотносить их с известными понятиями и категориями, подчинять их правилам, которые к ним применяются, или освобождать их от подчинения данным правилам. Следуя в русле *квалификации* и *классификации*, юрист должен главным образом использовать *аргументы a pari, a fortiori* и *a contrario*, которые используются также для толкования законов и были нами в связи с этим рассмотрены. Данные виды аргументов являются, по всей видимости, наиболее употребляемыми, однако мы, размышляя в том же духе и основываясь на гипотезе о цельном и логичном характере закона, насчитали тринадцать типов аргументов (2). *Психологический аргумент* опирается на логику закона, на намерение законодателя, выводимое из работ, предворяющих издание закона; в основе *телеологического аргумента* — цель, которую преследует закон и которая может быть выведена на основании текста закона; *исторический аргумент*, проистекающий из презумпции преемственности права, отражает положения предыдущей правовой системы; *аргумент "a completudine"* заключает из факта отсутствия положения, подходящего для отдельных лиц или отдельных форм поведения, что таковые подчиняются общему правилу, поскольку право полагается

(1) "Arguments d'autorité et arguments de raison en droit", Travaux du Centre National de Recherches de logique sous la direction de G. Haarscher, L. Ingber et R. Van der Eist, Ed. Nemesis, Bruxelles, 1988.

(1) См. *выше*, n° 232.

(2) Tarello (volume complémentaire Congrès de Bruxelles 1971), *Die juristische Argumentation* (1972), pp. 103 et s.; Ch. Perelman, *op. cit.*, n° 33.

совершенным и должно включать какое-то общее правило, распространяющееся на все случаи, которые не регулируются частными положениями. Точно так же *аргумент "a coherentia"* исходит из идеи, что логично рассуждающий законодатель не может регулировать одну и ту же ситуацию двумя взаимоисключающими способами и что в случае несовместимости двух норм должно существовать правило, которое позволит отменить одну из них. *Системный аргумент*, вытекающий из идеи, что юридический порядок представляет собой цельную и логичную систему, заставляет толковать каждый элемент исходя из общего контекста. Так называемый *"апагогический" аргумент* соответствует *суждению от абсурдного*, которое выражается в том, что неточность решения выявляется через абсурдные следствия, результат такого решения. Так называемый *"экономический"* аргумент состоит в том, чтобы исключить любое такое толкование положения, которое показывало бы поверхностность последнего.

256. Следует отметить, что все названные типы аргументов не восходят к формальной логике, поскольку они затрагивают природу суждений, формулировку посылок, содержательные основы права, а не просто форму; из этих аргументов не выводится обязательное решение, которое вменялось бы в принудительном порядке. Очень часто один и тот же закон может быть упомянут в качестве основания двух противоположных тезисов, в одном случае с использованием принципа "по аналогии", в другом — принципа "a contrario" ("от противного"). Если закон гласит, что кража наказывается лишением свободы, аргумент "a pari" ("по аналогии") заставляет применять такие же наказания для таких же форм правонарушений, в то время как аргумент "a contrario" будет склонять к тому, чтобы вывести из-под действия наказания любой другой акт, специально не названный в законе. Чтобы разрешить данное противоречие, мы должны будем обратиться к духу закона или к аргументу "a completudine", который из факта от-



сутствия специального положения делает вывод о необходимости применить общее положение. Если все эти операции не позволяют выйти на какое-то решение, тогда аргумент "a coherentia" заставит искать правило, которое поможет исключить одну из противоречивых пропозиций. В нашем случае было бы достаточно принципа легальности преступлений и наказаний и принципа строгого толкования уголовных законов... при условии, что не возникло бы абсурдных следствий... Но мы также отмечаем, что аргументы, заимствованные у формальной логики, позволяют проверить корректность аргументации или, как минимум, какой-то ее части. Патология суждения проявляется, когда последнее, даже если оно корректное, употребляется без каких-либо на то оснований, как в случае с шизофреником, логика рассуждения которого безупречна, но обобщивает он при этом безрассудные утверждения. Еще есть ложные суждения, которые, независимо от существующего обычая, в строгом смысле не соответствуют законам логики. Так обстоит дело с паралогизмом, ложным, но без злого умысла, суждением, и софизмом, ложным, вопреки внешней корректности, суждением, которое предполагает, как правило, злой умысел. Проверка формальной правильности силлогизма или транзитивной связи часто позволяет сделать очевидным противоречие или отождествление отдельных последовательностей пропозиций. Некий дебитор, обязанный погасить заем, не может без ущерба для здравого смысла одновременно утверждать, что он не занимал и что он вернул свой долг, если хочет доказать, что он ничего не должен. Формализация его суждения позволяет сделать очевидной противоречивость его аргументов. Вместе с тем юридическое суждение чаще всего состоит в том, чтобы вывести заключение из соотнесения различных пропозиций. Соотнесение факта и права будет лучшей иллюстрацией такого правила (1). Итак, юриди-

(1) См. ниже, п° 267 et s.

ческое суждение неизменно обращается к методу силлогизма или методу транзитивной связи.

Следовательно, диалектика и формальная логика взаимодействуют в рамках юридических суждений, и такое взаимодействие отражает смешанный характер данных суждений.

## **Б • Смешанный характер юридических суждений**

257. Изучая факторы, определяющие процесс творчества, Жени различал "данность", эластичные рамки, образованные из нескольких общих направлений, протекающих из реалий действительности или принципов, на которых строится общий порядок в мире, и "конструкт", композицию из приемов использования, комбинирования, адаптации... , обеспечивающую внедрение права. Любая юридическая операция управляется интеллектуальными операциями и определенной методологией, которые основываются на общих принципах логики, разбавленной элементами, обеспечивающими связь с конкретным материалом. Данность, слишком абстрактное образование в сравнении с конкретными реалиями действительности, для того чтобы быть задействованной, нуждается в какой-то технике, часто искусственной и почти механической; эта техника состоит из средств, адаптированных к цели права и необходимых для того, чтобы право могло достичь своей цели. Эти общие принципы логики часто берут верх, особенно в "описательном (дескриптивном) и доказательном (демонстративном) разделах" права (1). Такая методология, по словам Жени (2), предполагает наблюдение фактов действительности, чтобы выявить проблемы и подготовить их решение. Она предполагает также определенные постулаты, которые используются в качестве основы для выводов, и "преобладание дедукции, единственного при-

(1) F. Géný, *op. cit.*, not. T. IV., n° 301 et s.

(2) F. Géný, *op. cit.*, l. 1., n° 35-67.

ема, годного для того, чтобы оплодотворить принципы и раскрыть их истинную значимость". Наконец, данная методология включает, хотя не так часто и в целях контроля за результатами логических суждений, экспериментирование и концептуальные гипотезы, а иногда и теории, что позволяет придать принципам определенную устойчивость и, следовательно, увеличить их дедуктивный потенциал. В целом юридическая методология может быть охарактеризована как "процедура с исключительно сложной, нюансированной структурой, насквозь пронизанная казуистикой и диалектикой, как смесь анализа и синтеза, где операции а posteriori, которые производят адекватные решения, предполагают механизмы управления а priori, предлагаемые рассудком и волей" (1). Однако мы видели, что различные техники аргументации производят целый арсенал доводов, которые, имея одну и ту же точку отсчета, ведут к различным, а иногда и взаимоисключающим заключениям и которые должны рассматриваться в комплексе, так как диалектический метод предписывает не принимать ни один принцип, не принимая одновременно противоположный принцип. Именно в свете такого диалектического метода и в пределах области, признанной за каждым из принципов, должна проявить себя формальная логика.

258. Итак, юридические суждения основываются на столкновении разных силлогизмов с параллельной и последовательной структурой. Прежде всего, что касается общих принципов, предустановленных источниками власти в обществе (например, законами) или проистекающих из анализа социального и юридического устройства или идеологических постулатов, речь идет о том, чтобы выявить различные приемлемые посылки. Затем каждую из полученных посылок необходимо соотнести при помощи силлогизмов или последовательных транзитивных отношений со следствиями, которые могут быть из них выведены,

чтобы получить возможность сопоставить эти посылки и, используя представленные нами различные методы аргументации, выбрать те из них (посылки), которые будут применены, и, соответственно, определить сферу их применения. Таким образом, юридические суждения сочетают в себе диалектику и формальную логику. Причем формальная логика выступает в данном случае всего лишь как инструмент диалектики, питаемый аргументацией. Но именно формальная логика придает суждению точность, стройность, устойчивость и необходимую объективность. Вместе с тем она не должна накладывать на суждение печать догматизма, непроницаемого для фактов реальной действительности; в противном случае суждение утрачилось бы от предмета права, от жизни людей в обществе и от процесса составления правил поведения. Поэтому формальная логика должна подчиняться разумному выбору и всегда ориентироваться или корректироваться из соображений рациональных или эмпирических критериев. Следовательно, решения, порождаемые юридическими суждениями, зависят от выбора используемых пропозиций.

(1) F. Génv, *op. cit.*, I. L, n° 67.

## ВЫБОР ПРОПОЗИЦИЙ

259 Выведенная таким образом, структура юридических суждений кажется универсальной и перманентной. Что будет меняться от одной системы к другой, так это только природа или содержание пропозиций, привлеченных на разных этапах суждений, аналогичных друг другу по существу. Кроме того, мы знаем, что юридические суждения прежде всего зависят от выбора пропозиций на философском уровне (§1) (так как именно эти пропозиции выступают в качестве фундаментальных посылок) и только потом — от выбора технических пропозиций (§2), которые обеспечивают применение первых. Сопоставление философских и технических пропозиций с фактами приводит к конкретному решению.

### §1 Философские пропозиции

260. Любая юридическая система основывается на фундаментальном выборе принципов — которые, впрочем, немногочисленны, — способных играть господствующую роль внутри юридической системы и определять ее идейный стержень и цель (А). Может случиться, что в каком-то обществе в какой-то момент один из этих принципов полностью реализуется в конкретном контексте; однако в действительности ни один из принципов никогда не закрепляется как исключительный и абсолютный. В лучшем случае есть принципы-доминанты. Провозглашение какого-то положения (пропозиции) всегда уравнивается другим положением (пропозицией). Это еще раз свидетельствует о роли диалектики и неизменном дуализме "данного" и "конструкта". Поэтому нам предстоит проанализировать

варианты фундаментального выбора и осуществить диссоциацию понятий (Б).

### А • Основополагающие пропозиции

261. Если мы проанализируем наиболее значительные решения в сфере философии, политики и экономики, которые во все времена и в различной форме влияли на развитие человеческих обществ, то мы вынуждены будем констатировать, что рассматриваемые системы, несмотря на их разнообразие и вариативность, обусловленные различной степенью развития, схематически могут быть сведены к очень небольшому числу моделей. Классификации обязательно содержат какую-то долю произвольности и варьируются от одного автора к другому.

Некоторые ученые сходятся в том, что следует различать три принципа, которые квалифицируются, соответственно, как консервативный, либеральный и социалистический (1). Рубье в своей "общей теории права" классифицировал учения и социальные ценности исходя из триады, составленной из безопасности, справедливости и социального прогресса (2). Мы ограничимся двумя названными классификациями, одна из которых затрагивает идейное содержание юридических систем, а другая — их цели.

262. "Принцип консерватизма — это такой принцип, который утверждает превосходство того, что уже существует, принятых традиций и обычаев, признанных правил и институтов, откуда то особое внимание, которое консерваторы уделяют прецедентам в жизни общества и в праве" (3). По словам Бергсона, "социальная жизнь представляется нам как своего рода система привычек", и любая инновация поэтому кажется подозрительной. Мы не раз называли юристов консерваторами. Тем не менее, мы показали,

(1) Ch. Perelman, *op. cit.*, n° 63. Et les auteurs cités, not. P. Day.

(2) P. Roubier, *op. cit.*, n° 37; B. Tabbah, art. précité.

(3) Ch. Perelman, *op. cit.*

что право эволюционирует посредством конъюнкции, которая образуется между консервативными силами, желающими его сохранить в неизменном виде, и силами реформаторов, которые стремятся его изменить, сохранив основы, или подвергнуть коренным преобразованиям (1). Равновесие, устанавливающееся между двумя этими силами, хотя и не всегда одинаково устойчивое, что зависит от конкретных эпох и обществ, препятствует, с одной стороны, стагнации, а с другой стороны — ниспровержению правовых систем и позволяет им эволюционировать без революций (2).

Либеральный принцип утверждает, что лучше предоставить людям свободу в принятии решений, чем принуждать их это делать. Здесь уже не идея безопасности, но свобода, признанная на уровне закона или полагаемая за истину, определяет характер правовой системы. С юридической точки зрения это означает, что все, что не запрещено, разрешено, и что любое ограничение свободы подвергается строгой регламентации, и под него должны быть подведены соответствующие основания.

Наконец, социалистический принцип постулирует такую социальную систему, которая предназначена обеспечить преобладание идеи общего блага над частными интересами посредством специальным образом организованной и согласованной системы управления. Этот принцип основывается на идее, согласно которой "равенство не требует логических обоснований, и единственным и достаточным обоснованием равенства является неравенство". Этот принцип часто привлекается в качестве средства утверждения авторитарных режимов, поэтому он противопоставляется либерализму.

Все эти фундаментальные принципы представляются очевидными и должны, как кажется, применяться. Но они

противоречат друг другу, и ни один из них не может быть признан в полной мере так, чтобы не исключить другие принципы. Следовательно, любая юридическая система должна выбирать какой-то один из этих принципов или сочетать их. Так же невозможно себе представить, чтобы какой-то из этих принципов мог в течение длительного времени в полной мере применяться на практике, исключая применение других принципов, и не спровоцировать при этом бунт фактов против права. При любом юридическом порядке имеет место неизменное сосуществование этих противоречивых принципов, различная дозировка которых и порождает оригинальность каждого общества и в конечном итоге отображает только один момент диалектического равновесия, в условиях которого развивается любая мысль и любая юридическая конструкция.

263. Любая правовая система управляется еще и предписанными ей целями. Различные фундаментальные ценности, на которых в принципе может настаивать право, не столько исключают друг друга, сколько сочетаются друг с другом в пределах одной и той же юридической системы, поддерживаемые противоположными силами, равновесие которых непрестанно трансформируется. Однако позитивное право данной страны в данный момент отображает доминирующие тенденции в неизменном диалектическом споре между идеями безопасности, справедливости, социального прогресса.

*Безопасность* (1) обусловлена самой идеей права: от права ожидают, что оно гарантирует безопасность; под безопасностью понимается такое положение вещей, когда можно предвидеть решение юридических ситуаций и рассчитывать на то, что оно будет реализовано при помощи средств принуждения, гарантирующих осуществление прав. Следовательно, юридическая безопасность связана с осо-

(1) G. Ripert, *les forces créatrices du droit* (L.G.D.J 1955), n° 31.

(2) M. Virally, *op. cit.*, pp. 188 et s.

(1) R. Demouge, "Les notions fondamentales du droit privé—Essai critique" A. Rousseau, Apris, 1911, p. 63 et s.

бой ролью формальных источников права, особенно закона, которые твердо обеспечивают возможность ознакомления с применяемым правилом, и с особой ролью форм, предназначенных для фиксации юридических ситуаций или информирования населения об их изменении. Отсюда следует вывод, что безопасность связана с формализмом вообще. Проявившись уже в первобытных обществах, тенденция формализации правовых положений ведет к тому, что юридическое правило основывается на "воле правителя". Именно эта тенденция легла в основу системы образования, предложенной греческими софистами; позднее она закрепилась в Риме и по сей день питает мысль гегельянского типа, привязывая право к идее государства, и нормативистскую школу Кельзена (1).

Однако право не может довольствоваться ролью формальной системы. Оно нуждается в более глубоком фундаменте, чтобы за внешним, юридическим, обликом жила то, что называется справедливым, то есть то, "что соответствует человеческим интересам высшего порядка" (2). Поэтому право должно соответствовать идеалу *справедливого*. Данное учение было поддержано представителями идеалистических школ, которые утверждают существование идеала справедливости, высшего по отношению к позитивному праву; человек должен стремиться к этому идеалу и может в качестве ориентира использовать естественное право. Цицерон писал: "Есть настоящий закон, это непосредственный здравый смысл, согласующийся с природой, которым наделены все, незыблемый, вечный; он призывает человека к добру посредством своих распоряжений или отворачивает от зла посредством своих запретов... Его нельзя ни отменить другими законами, ни нарушить хотя бы одно из его предписаний; невозможно упразднить его полностью..." (3). Такой

(1) P. Roubier, *op. cit.*, а<sup>М</sup> 11 et 37.

(2) P. Roubier, *ibidem*; см. *выше*, n<sup>os</sup> 15 et s.

(3) Cicéron, *De Republica*, L.III, XXII, 33 cité par Ch. Perelman, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 10; см. *выше*, n<sup>os</sup> 16 et s.

же философии придерживались христианские богословы, в частности св. Фома Аквинский, а в XVII и XVIII вв. — представители школы естественного права и простые люди. В XX в. эта философия испытала определенное возрождение. Идея, согласно которой справедливость становится главной ценностью, на техническом уровне выражается в особой власти судьи в оценке фактов, во власти определять меру справедливости и соответствия морали, а также в особой роли общих принципов права. Так называемые "реалистические" школы утверждают, что право должно быть ориентировано на развитие и прогресс общества. Они не привязываются к какому-то законному порядку, как в случае с формалистской системой, ни к моральному порядку, как в случае с идеалистической системой, но к социальному порядку. В данном случае авторитет права возникает из потребностей общества, и его, общества, конечной целью провозглашается *социальный прогресс*. В техническом плане эти школы предпочитают "обычное" правило закону и кодификации, которые таят в себе угрозу замораживания социальной эволюции; они переносят в юридическую плоскость актуальную политическую и социальную идеологию, законом закрепляют обычаи, потребности коммерции и регламентируют внутри комплексов юридических правил деятельность "конкретных институтов", перманентно исповедуя идею поддержания адекватных отношений между юридическими институтами и реальной действительностью (1). Эти учения берут начало от немецкой исторической школы Савиньи, от английской утилитаристской школы Бентама и от французской позитивистской школы Огюста Конта. Сопоставление и сочетание направляющих принципов юридических систем и их основных целей неизбежны, если мы хотим выявить общий смысл какой-то юридической системы или какого-то института и повлиять на политический и философский

(1) P. Roubier, *ibidem*

выбор, который входит составной частью в процесс разработки и применения такой системы. Впрочем, названных средств будет недостаточно для применения юридической системы, поскольку для этого необходимо отобразить их соответствующее влияние посредством особой техники диссоциации понятий.

### **Б \* Диссоциация понятий**

**264.** Противопоставляя реальность и видимость, Перельман показал распространение в широких слоях населения различий, принятых в философии; эти различия передаются посредством языка "философских пар" в соответствии с техникой диссоциации идей и понятий (1). Обращаясь к различиям, которые осуществляли Аристотель, Платон и Спиноза, современный автор цитирует некоторые из полученных ими оппозиций. Многие из них отражают различные аспекты одного и того же понятия или одного и того же юридического принципа. Но мы знаем, что противопоставление принципов, целей, а иногда и концептов и антиномических правил, как правило, ведет к их сочетанию и требует конкретно признать за каждой из противоположных, но дополняющих друг друга пропозиций особую сферу применения (2). Производная такого противопоставления представляет — в зависимости от конкретного материала, конкретной эпохи и юридической системы — все точки равновесия и все постижимые нюансы и может колебаться между чистым и простым исключением одной из пропозиций и ее полным преобладанием, между едва заметным преимуществом и самым невероятным распределением ролей. Однако распределение соответствующего влияния конфликтующих пропозиций внутри какой-то юридической системы, института, статуса, операции... выражается чаще всего в соответствии с теми

(1) Ch. Perelman, *op. cit.*, n° 69.

(2) E. Bertrand, *op. cit.*, p. 153.

самыми дифференциациями (различиями), которым современные технологии обработки информации с бинарным исчислением прибавили богатства, пользы и обоснованности. Мы приведем только несколько, на наш взгляд, наиболее значимых примеров таких "пар", характеризующих юридическое мышление: неподвижность/движение, субъективный/объективный, относительный/абсолютный, абстрактный/конкретный, язык/мысль, буква/дух, сущность/вещество, частный/общий, индивидуальный/коллективный, видимый/реальный, часть/все, форма/содержание, акт/лицо, возможность/обязанность, длительность/непрерывность, принуждение/свобода, внутренний/внешний, теоретический/практический, право/обязанность, лица / имущество...

Таким образом, столкнувшись с конфликтом между безопасностью брака и индивидуальной свободой супругов, современное французское право сделало более либеральными условия развода, но регламентировало его процедуру. Диалектическая борьба между консерватизмом и либерализмом приводит к тому, что либерализм признается по сути, но определенная доля консерватизма по-прежнему гарантируется формой.

Такой ход мысли обеспечивает переход от этапа философского осмысления права к его применению, от фундаментальных посылок к посылкам техническим.

## **§ 2**

### **Технические пропозиции**

**265.** Такой же прием диссоциации имеет место при продвижении к этапу технического использования права с целью направить рассуждение юриста и определить структуру его мысли. На этом этапе различают действительность и противопоставимость, субстанциальное право и процессуальное право, отношения между сторонами процесса и отношения с третьими лицами... Кроме того, принято об-

ращаться к методу классификаций и к юридическим категориям ( 1 ). Но для того чтобы вывести эффективное решение конкретной проблемы, необходимо соотнести конститутивные элементы проблемы с прежде выявленными концептами, которые образуют сырую массу, элементы-полуфабрикаты, методики применения права. Соотнесение проблемы с этими концептами, оппозициями, категориями... доминирует на финальной стадии суждения, поскольку сюда же добавляются логические и обязательные следствия, которые, с оговоркой на последний выбор и последние коррективы, свидетельствуют о том, какое место формальная логика занимает в юридическом суждении: развод по причине измены влечет ответственность виновного супруга; развод по взаимному согласию будет иметь следствием определенное соглашение. Но после вынесения соответствующих приговоров оба развода будут обложены силой судебных решений. Распространяясь на лиц и имущество, они влекут за собой одновременно персональные и материальные следствия...

Поэтому технические пропозиции в большей мере являются результатом процедур соединения, чем процедур диссоциации. Подобные "техники соединения" были исследованы представителями школы Ч. Перельмана (2). Эти техники состоят из квазилогических аргументов, обращаясь к какой-то дефиниции или какому-то анализу и опираясь на тождественность или несовместимость. Они выводятся дедуктивным путем из причинно-следственных отношений или из исключения (в соответствии с иерархией норм или ценностей) самой слабой пропозиции самой сильной. Они питаются прагматическим описанием возможных следствий какого-то решения. Они сопровождаются оценкой намерений действующего лица или соот-

ветствия его поведения существующим нормам. Они питаются аргументацией, например, аналогиями, и тогда выбор возможных примеров и аналогий должен быть обоснован самыми разными рассуждениями; причем этот же выбор предполагает, что, принимая какую-то аналогию, мы принимаем следствия.

266. Таким образом, попытавшись дать определение структуры юридических суждений и констатируя их разнообразие, сложный и гибкий характер, мы увидели, что речь следует вести о логике аргументов, подпитываемой ресурсами формальной логики и использующей шаг за шагом индукцию и дедукцию. Такая глобальная структура суждения представляется перманентной и универсальной. Она может вобрать в себя все виды фундаментальных или технических пропозиций. Что касается выбора используемых элементов, он меняется от одной правовой системы к другой. Идейное содержание этих систем в разных случаях может определяться консервативными, либеральными или социалистическими принципами, системы ориентируются на безопасность, на справедливость или на социальный прогресс, при этом каждая по-своему выстраивает свои особые установки: кроме того, они используют различные инструменты, в частности различные источники; некоторые системы основываются на авторитете закона, другие главным образом, на прецедентах из судебной практики и обычае... Любая попытка глобального соотнесения юридических суждений будет свидетельством самонадеянности и риска. Впрочем, ее задача может и не сводиться к тому, чтобы ускользнуть от критики, и она, конечно, может быть принята по умолчанию. Она нацелена только на выявление наиболее ярких феноменов юридической мысли и на то, чтобы представить их связно, логично и последовательно.

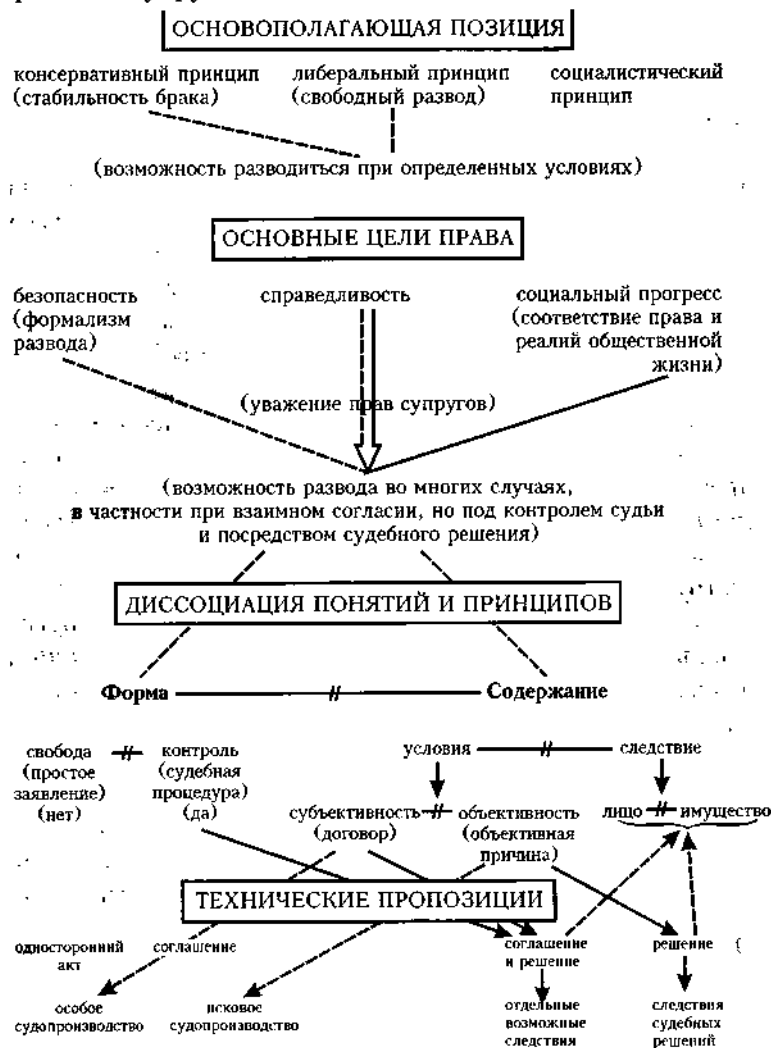
(1) См. *выше*, n° 195 et s.

(2) Ch. Perelman et L. Olbrecht-Tyteca, *op. cit.*, pp. 251-274; Ch. Perelman, *op. cit.*, p. 126.

## • Иллюстрация

### УПРОЩЕННАЯ СХЕМА СУЖДЕНИЯ (УМОЗАКЛЮЧЕНИЯ)

*Пример:* современное право Франции, регулирующее разводы супругов



### УПРОЩЕННАЯ СХЕМА РАССУЖДЕНИЯ (УМОЗАКЛЮЧЕНИЯ)

*Вопрос:* может ли закон институировать дисциплинарную санкцию с обратной силой?



гражданский закон — уголовный закон:  
Ст. 2 Гражданского кодекса: "Действие закона распространяется только на будущее, он не имеет обратной силы."

Принцип отсутствия обратной силы уголовного закона имеет конституционную значимость.



## Иерархия законов и классификация законов.

### СЛЕДСТВИЯ

Гражданские дела: обычный закон может отступать от ст.2 Гражданского кодекса, которая сама по себе является обычным законом.

Уголовные дела: обычный закон не может отступать от закона, имеющего конституционную значимость.

### ПОИСК РЕШЕНИЯ

-> На основании какого материала — гражданского или уголовного — должна быть институирована дисциплинарная санкция: проблема классификации, связанная с логикой аргументов:

- 1° суждение: по аналогии, следует допустить, что, подобно уголовным санкциям, дисциплинарные санкции не могут институироваться с обратной силой.
- 2° суждение: а contrario: дисциплинарные санкции, не восходящие к уголовному закону, могут быть институированы с обратной силой путем принятия закона
- 3° суждение: а fortiori: принцип легальности преступлений и наказаний не применяется к дисциплинарным нарушениям. В данном случае а fortiori применяется принцип отсутствия обратной силы закона (?)
- 4° суждение: практический аргумент: во Франции судья не осуществляет контроль за конституционностью законов и должен применять их даже в тех случаях, когда они не соответствуют Конституции.  
Поэтому если какой-то закон, институирующий с обратной силой дисциплинарную санкцию, принимается без предварительной санкции Конституционного совета, дисциплинарная инстанция может его только применять.

(Дадим характеристику природы и соответствующего значения различных этапов суждения.)



Данные схемы рассуждения всегда формально точны, даже если одна из пропозиций ложная (но в последнем случае решение, по большому счету, будет неточным).

Замена элементов на знаки делает возможным неограниченное использование данных типов суждения, результативность которых не имеет пределов.

### СИЛЛОГИЗМ

Пример формально корректного силлогизма, но включающего ложную пропозицию: заключение, следовательно, тоже ложное:

Допустим, что  $A = 4, B = 3 \times 2, C = 4$   
 Если любое  $A$  есть  $B: A = B \quad A = B^4 = 3 \times 2$  (ложно)  
 и если  $C$  есть  $A: C = A \quad C = A^4 = 4$  (истинно)  
 тогда  $C$  есть  $B: C = B \quad C = B^4 = 3 \times 2$  (ложно)

#### ТРАНЗИТИВНОЕ ОТНОШЕНИЕ

если  $P \rightarrow Q$  я взял займы 1000 F (P)  $\rightarrow$  я должен 1000 F (Q)  
и если  $Q \rightarrow R$  я должен 1000 F (Q)  $\rightarrow$  следует их заплатить (R)  
тогда  $P \rightarrow R$  я взял займы 1000 F (P)  $\rightarrow$  я должен их заплатить (R)

*Аргументация ответчика, привлекаемого к выплате долга, но утверждающего, что он не брал займы.*

#### ПРАВИЛЬНОЕ СУЖДЕНИЕ

Я не брал займы (P)  $\rightarrow$  я не должен возвращать долг (Q)  
Я не должен возвращать долг (Q)  $\rightarrow$  я ничего не должен (R)  
Я не брал займы (P)  $\rightarrow$  я ничего не должен (R)

#### ПРОТИВОРЕЧИЕ

Я не брал займы (P)  $\rightarrow$  я не должен возвращать долг (Q)  
Я брал займы (Q)  $\rightarrow$  я ничего не должен (R)  
Я не брал займы (P)  $\rightarrow$  я ничего не должен (R)

(В результате соотнесения двух различных значений с одним и тем же элементом суждения (Q) возникает противоречие аргументации.)

$\rightarrow$  Формальная логика необходима для того, чтобы гарантировать строгость отдельных этапов юридического рассуждения, и может на какой-то фазе такого рассуждения уберечь от возможных противоречий.

## Глава 3

# ФАКТ (деяние) И ПРАВО

267. Нормативный характер юридического правила отличает его от фактов, то есть от событий, частных реальных обстоятельств, на которые указывают стороны в качестве обоснования своих юридических претензий. Но противопоставляя право и факт, нельзя не видеть того, что их связывает. Между ними существует двойная связь (1). С одной стороны, это "креативная связь": право, по крайней мере частично, рождается из фактов. В данной книге мы не будем рассматривать связь права с фактами социальной действительности (2). С другой стороны, между правом и фактом существует связь на уровне применения: право реализуется в фактах. Миссия юристов, в частности судьи, сводится к тому, чтобы применять к фактам регулирующие их юридические правила. Поэтому нам предстоит исследовать, каким образом можно перейти от определенной "фактической" ситуации к юридическому правилу или, наоборот, от юридического правила к подчиненным ему фактическим ситуациям. То есть мы будем иметь дело с постоянным возвратно-поступательным движением от права к факту, причем факты призваны регулироваться правом, а предназначение права состоит в том, чтобы регулировать факты. Этим объясняется тот факт, что право и факт изолируются друг от друга в рамках большого числа юридических механизмов, например, доказательства, принципа доступности процесса, кассационного контроля... и что они, тем не менее, в реальности постоянно смешиваются, когда

(1) M. Virally, *La pensée juridique* (Ed. L.G.D.J. 1960), pp. 11 et s.; см. также G. Marty, "La distinction du fait et du droit", Thèse Toulouse, 1929

(2) См. выше, n° 148 et s.

возникает необходимость ввести конкретные ситуации в юридическую систему.

Если следовать по пути, проложенному юристами Античности и Средневековья, юридическое суждение, во всяком случае имеющее место в рамках принятия судебных решений, будет основываться на *силлогизме*. Иногда (1) силлогизм представляется как наиболее общее основание для какого бы то ни было применения права. Даже если признать несовершенство данного анализа, истинным остается утверждение, что судебное решение принимает форму силлогизма. В роли большего термина в данном случае выступает юридическое правило. Меньший термин представлен конкретным индивидуальным случаем. Заключение, проистекающее из сопоставления большего и меньшего терминов, составляет судебное решение, посредством которого допускается или не допускается применение к рассматриваемому случаю юридического следствия, предусмотренного большим термином (2).

Определение правил, которые должны быть применены к рассматриваемым фактам, предполагает прежде всего, что эти факты установлены и каким-то образом квалифицированы, чтобы затем они могли быть *усвоены* юридической системой (Раздел 1). Юридические следствия этих фактов выражают *реакцию* позитивного права на ситуацию, которую они представляют (Раздел 2).

(1) H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, These Lyon, 1948.

(2) G.G. Mitsopoulos, "Considérations sur la distinction du fait et du droit", in *Studi in onore di Antonio Segni* (Milan, 1967), pp. 405 et s.; см. также J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit Civil. Introduction générale*, n<sup>os</sup> 46 et s. См. ниже "иллюстрацию".

# 1

## Раздел

# УСВОЕНИЕ ФАКТА ПРАВОМ

268 Главную трудность в юридическом суждении

представляет определение посылок. Если такие определены, из них логично и, как правило, без труда выводится заключение. Таким образом, механизм перехода от факта к праву представляется достаточно простым: закон имеет в виду определенный факт, пучок обстоятельств, внутрь которого помещается человек с тем, чтобы извлечь из этого правовые следствия. Первый факт — это человеческий акт, с которым соотносятся, посредством причинной связи, правовые следствия, к которым человек либо сознательно стремился, либо, наоборот, они были для него нежелательны. Так, закон предусматривает, что лицо, сознательно содействующее смерти другого, наказывается лишением свободы с обязательным трудом: если факт убийства установлен, совершивший его подвергается данному виду наказания. Как и в случае применения физического закона, реализация правового следствия часто предполагает объединение многочисленных и сложных условий. Но в противоположность тому, что происходит с физическими явлениями, юридическое следствие, которое соотносится с данными условиями, не вступает в силу автоматически: причинная связь между фактом и правом "осуществляется только в плане интеллектуальных репрезентаций". Здесь обнаруживается фундаментальное отличие научного закона от юридического правила. В юридической действительности следствие не обязательно следует за причиной: убийцу не всегда удастся найти, арестовать и приговорить, хотя он подлежит наказанию. Более того, факт не производит сам по себе правовых следствий. Для того, чтобы он их произвел, необходимо, чтобы существовало юридическое правило, применяющее к определенным фактам

определенные следствия и выступающее в роли большего термина силлогизма; необходимо также, чтобы какой-то институт власти определял правило, применяемое к данным фактам, и выводил из этого следствия (1).

Следовательно, в связи с процедурой установления посылок возникают два вида трудностей: для определения меньшего термина необходимо, чтобы была установлена фактическая ситуация (§1). Для обнаружения большего термина необходимо идентифицировать эту ситуацию относительно юридических понятий, правил и институтов, то есть необходимо ее концептуализировать (§2).

## §1 Установление фактов

**269.** На первый взгляд, доказательство представляется логичным механизмом, который позволяет проверить реальность факта или утверждения. Такое представление о доказательстве если и не ложно, в то же время не полно, поскольку в нем не учитывается контекст и цель процедуры судебного доказательства, которые делают его отличным от научного доказательства. В юридических вопросах доказательство имеет целью не столько установить объективную реальность, сколько убедить судью. Поиски доказательств ведутся не в тиши научных лабораторий, а в атмосфере кипения страстей, характерной для судебного процесса. Доказательство должно быть приведено в пределах разумного срока, необходимого для принятия какого-то решения, и должно рассматриваться как достаточное или недостаточное, потому что судья не имеет права отказаться отправлять правосудие (чтобы не попасть под действие соответствующего правила, карающего за отказ в правосудии). Юридическое доказательство не является, в отличие от научного доказательства, действием одного и

того же лица, которое его и производит, и получает; оно вытекает из состязания нескольких лиц, судьи и сторон (1). Имея главной целью формирование определенного убеждения у судьи, судебное доказательство в течение длительного времени, по меньшей мере в сфере уголовного права, характеризовалось как "мистическое доказательство".

В условиях первобытных обществ доказательство принимает форму обращения к сверхъестественным силам, которые должны указать на виновного; такое доказательство состоит из ордалий, то есть испытаний, которым подвергаются подозреваемые с целью выяснения истины и которые рассматриваются как "суд Божий": тот, кто выходит победителем в результате испытаний, доказывает таким образом, что Бог указал на него как на того, кто говорит правду или стоит за правое дело. На Западе ордалии практиковались вплоть до Латранского собора (1215) и в настоящее время практикуются в ряде примитивных обществ. Клятва имеет под собой такую же идейную основу.

В развитых обществах на смену системам мистических доказательств постепенно приходят системы рациональных доказательств.

Запрет пыток и отказ в сфере уголовного права от такой роли признания, когда оно определяло исход дела, свидетельствуют о таком прогрессе.

Научный прогресс и использование лабораторных технологий показали — как в сфере уголовного права, так и в сфере гражданского права — хрупкость свидетельств, ценность косвенных доказательств (улик), эффективность новых видов доказательства, которые больше не нацелены только на убеждение судьи, но в большей мере — на установление объективной истины. Тем не менее по-прежнему используются две концепции доказательства, и выбор зависит от того, ограничивается ли доказательство форми-

0) M. Virally, *loc. cit.*

(1) H. Lévy-Bruhl, "Aspects sociologiques du droit", (Ed. M. Rivière et C". 1995), pp. 113 et s.

рованием определенного мнения у судьи, основанного на комплексе сведений, которые могут быть ему предоставлены, или для доказательства требуются подлинные материальные свидетельства, которые могут быть прямыми или косвенными в зависимости от соответствующих предположений. Но так или иначе проблема доказательства остается фундаментальной, хотя часто не вызывает никаких споров, и особенно для случаев тяжбы. При рассмотрении любых дел недостаточно иметь основания, быть обладателем какого-то права или просто находиться в некоторой юридической ситуации; необходимо это доказать; за отсутствием доказательств все будет происходить так, будто права или ситуации не существовало, или все будет свидетельствовать о вине фактически невиновного. Право и доказательство — это несовпадающие понятия, самостоятельность которых тем больше, чем меньше свобода доказательства и чем труднее условия приведения доказательства. Поэтому можно предположить, что чем более гибко право сторон на доказательство, тем у доказательства больше шансов приблизить решение к истине. В то же время необходимо помнить о том, что свобода создает благоприятные условия для злоупотреблений, умалчиваний и приведения ложных доказательств: ложные свидетельства, подделка документов, фальсификации процедур регистрации... При этом не существует общего закона. Следовательно, необходимо, учитывая особый характер материала, корректировать право на приведение доказательств и, в частности, принимать во внимание способность фактов в соответствии с их природой поддерживать доказательство или противостоять ему. Некоторые факты недоступны для доказательства из-за отсутствия достаточно надежных средств исследования. Другие ускользают от доказательства в силу того, что совершаются без свидетелей, не оставляют следов, скрываются свидетелем ради сохранения профессиональной тайны, трудно поддаются оценке, сталкиваются с проблемой личной совести... В случаях, когда

привести доказательство невозможно или крайне затруднительно, право отказывается от доказательства и обращается к принципам презумпции (Б), эффективность которых зависит от предмета доказательства (А).

#### А • Предмет доказательства — — — ^ — — ^ - ^ — —

270. Проблема предмета доказательства относится к разряду классических. Доказательство, которое приводится сторонами, затрагивает только *элементы фактического плана*. "В обязанность сторон не входит доказывать существование или характер действия юридических правил, которые должны быть применены к данным элементам": Знать *право* — предназначение судьи, и если стороны ссылаются на определенные правила, то делается это только для того, чтобы побудить к их применению, но не для того, чтобы доказать их существование. Действительно, претензии сторон опираются на две разновидности элементов. Элементы фактического плана, "структура факта", зависят от сторон, определенное участие в выяснении этих элементов принимает судья, причем данная функция судьи по-разному регламентируется различными правовыми системами. Эти элементы представлены юридическими фактами и актами, которые служат основанием для претензий и с которыми связано начало процесса. Правовые элементы — это юридические правила, которые могут быть применены к данным фактам. Однако четкость такого различия факта и права нарушается, когда речь идет о применении *иностранных законов, правил, составляющих обычай, или правил деловой практики*. Презумпция знания права французским судьей прекращает действовать, и судья не обязан исследовать ни содержание иностранного юридического правила, ни содержание правил деловой практики. Существование и содержание правил должны устанавливать стороны, которые на эти правила ссылаются. Прежде всего стороны должны пользоваться иностранным правом, когда его применение предписывается

правилами, которые регулируют ситуации конфликта законов. Стороны должны доказать содержание таких правил, используя все средства и главным образом при помощи "обычных сертификатов", источником которых являются юрисконсульты и официальные органы иностранного государства. В настоящее время сведения о содержании правовых документов иностранных государств предоставляются органам судебной власти на основании европейской конвенции от 7 июня 1968 г. Что касается правил деловой практики и обычаев, их содержание, также с привлечением всех средств, должен устанавливать тот, кто на них ссылается. Несмотря на относительную неправомерность привлечения норм иностранного права, а также обычаев, правил деловой практики в качестве элементов фактического плана, они имеют отношение к предмету права.

271. Какие факты относятся в таком случае к фактам, которые необходимо доказывать? Это только спорные факты. "Факт, признанный и не оспариваемый, не нуждается в доказательстве" (1): Он считается истинным. Применение такого принципа может вызвать искаженное представление объективной действительности, но, как правило, предполагается, что стороны должны владеть "структурой фактов", относящихся к их процессу, и что, исключая случаи преступного сговора сторон, судья по гражданским делам не обязан контролировать фактические ситуации, относительно которых сторонам удалось договориться. Кроме того, принцип приведения доказательства распространяется только на факты, имеющие отношение к делу и допущенные к рассмотрению. *Приемлемость доказательства* зависит от его соответствия общей правовой системе. С одной стороны, юридическая система в некоторых случаях запрещает привлечение некоторых видов доказательства во имя высших ценностей и ради сохранения обще-

(1) H. Motoulsky, *op. cit.*; J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, n° 574 et s.; Art. 6 Nouveau C Pr. Civ.

ственного порядка: принцип силы судебного постановления запрещает оспаривать окончательные решения; в течение длительного времени французский закон запрещал установление родственных связей для незаконнорожденных. С другой стороны, право на доказательство может либо происходить из системы, гарантирующей большие свободы, где стороны, при отсутствии иерархии принципов, имеют возможность свободно выбирать приемы доказательства, либо принимать вид такой системы легального доказательства, которая ограничивает процедуру доказательства определенными приемами и устанавливает пределы их применения: другие приемы доказательства в таком случае не допускаются. В англосаксонских правовых системах имеется большое число правил, которые имеют статус "exclusionary rules", несмотря на их важность для свидетельских показаний. Французское право использует промежуточную систему, здесь выделены разделы, в рамках которых не допускаются определенные виды доказательств. Но особенно следует отметить, что доказательство какого-то факта приводится только в том случае, когда это полезно для целей процесса. *Уместность доказательства*, критерий, вытекающий из принципа процессуальной экономии, предполагает адекватность предмета доказательства предмету тяжбы. Приводимые факты должны быть напрямую связаны с видом рассматриваемого дела, и их использование должно вести к корректным, с точки зрения юриспруденции, результатам (доказательствам). Так, судья может прибегать к доказательствам только тех фактов, на которых стороны основывают свои претензии, и к элементам фактического плана, которые могут оправдать их использование. Судьи судов низших инстанций имеют в принципе суверенное право оценивать уместность фактов, предложенных в качестве доказательств, однако Кассационный суд Франции контролирует характер фактов, используемых для обоснования претензий: поэтому характер фактов, описываемый юридическим правилом, относится к раз-

ряду правовых вопросов. В других странах, в частности в странах Латинской Америки, трибуналы, наоборот, не контролируют степень уместности тех или иных доказательств, что делает процесс более громоздким и способствует манипуляциям, вызывающим проволочку.

Наконец оценка предлагаемого доказательства на уместность обусловлена характером связи между теми фактами, которые стороны приводят в качестве доводов, и доказанными фактами (когда последние не совпадают с фактами, которые необходимо доказать, но позволяют путем умозаключений представить реальную картину событий. В таких случаях все зависит от ответа на вопрос, можно ли вместо прямого доказательства фактов использовать презумпции).

#### **Б • Прямое доказательство и презумпции — ^ — — ^ —**

**272.** Презумпция — это вид юридического суждения, в силу которого и на основании установленных фактов можно индуктивным путем вывести другой факт, который еще не доказан. Ст. 1349 Гражданского кодекса дает определение презумпции как "следствий, которые закон или магистрат выводит из какого-то известного факта и распространяет и переносит их на какой-то неизвестный факт". Гражданский кодекс различает *легальные презумпции*, приписываемые законом определенным фактам и выражающиеся в перемещении предмета доказательства, и *косвенные презумпции*, или "презумпции человека", то есть такие способы доказательства, посредством которых судья свободно выводит факты из косвенных свидетельств и обстоятельств, делающих эти факты вероятными. В условиях системы, допускающей большую свободу при выборе средств доказательства, судья формирует свое внутреннее убеждение на основании свободной оценки косвенных свидетельств и обстоятельств. Из них он выводит факты; но доказательство последних не выводится из косвенных свидетельств напрямую, они только принимаются во внима-

ние, рассматриваются. Как легальные, так и косвенные презумпции могут соответствовать ситуациям, когда факты не поддаются доказательствам. Их задача состоит в том, чтобы выводить неизвестные факты из известных.

**273.** *Легальные презумпции* позволяют вывести истину из факта существования другой, легко доказуемой истины. Некоторые из таких презумпций характеризуются термином "ante judicare", и их функция ограничивается тем, что они наделяют обязанностью приведения доказательства одну из сторон. Так, презумпция добросовестности обязывает того, кто ссылается на чью-либо недобросовестность, доказывать это (ст. 2268 Гражданского кодекса); презумпция невиновности, действующая в уголовном праве, защищает субъектов от произвола; презумпция легальности действий, разрешенных администрацией, облегчает исполнение публичных функций. Названные презумпции основываются на наиболее вероятной ситуации или на идее, что если их не допустить, тогда будет невозможно или очень трудно установить какие-то факты; поэтому презумпции часто становятся решающим фактором, побуждающим закон сделать уступку какой-то стороне из соображений юридической политики и определенных ценностей, которые этот закон стремится защищать. Простые технические приемы могут использоваться в высших целях и выходить за рамки поиска объективной истины или юридической безопасности; в отличие от них ценность легальных презумпций не превосходит ту ценность, которая присуща преследуемой ими цели (1). Они затрагивают как сущность правовой системы в целом, так и конкретное право на доказательство: изъятия из общего правила или способы передачи функции доказательства. Если закон допускает, что отцом ребенка, родившегося после заключения и до расторжения брака, является муж, он, следовательно, освобождает ребенка от необходимости доказывать, что он

(1) F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, T. III, n<sup>os</sup> 230 et s.

происходит от мужа, что в противном случае было бы весьма трудно сделать. Закон смещает предмет доказательства, так как вместо необходимости устанавливать родство ребенка он предписывает устанавливать только факт рождения ребенка в момент, когда его мать была замужем, и на основании этого заключает происхождение от мужа. Наконец, данный закон обеспечивает легитимный характер семьи.

Следует отметить также, что область применения презумпций может быть неодинаковой, что зависит от вида презумпции — простой или неоспоримой. *Простые презумпции*, или "juris tantum", в отличие от неоспоримых презумпций, называемых еще "абсолютными презумпциями" или презумпциями "juris et de jure", могут опровергаться противоположным доказательством. Таким образом, их применение ограничивается случаями, специально предусмотренными для них позитивным правом, и они призваны облегчить задачу сторон, в интересах которых они и приняты, а также судей или административных инстанций, не препятствуя при этом процессу выяснения истины посредством других элементов доказательной базы. Поэтому именно тот, кто оспаривает ситуацию, устанавливаемую презумпцией, должен привести обратные доказательства. Чем дальше идет технический прогресс и, следовательно, облегчается процедура доказательства, тем легче восстанавливать истину. Прогресс таких наук, как биология, позволяет теперь установить происхождение ребенка (соответствующее действительности или ошибочное), позволяет опровергнуть презумпцию отцовства в браке в случаях, когда она искажает истину. Совершенствование способов доказательства смягчает искусственность простых презумпций, но может также снижать эффективность юридической политики. Сохраниться последней, иногда в ущерб действительности, помогают *неоспоримые презумпции*, по отношению к которым "не допускается никакого опровергающего их доказательства" и на основании которых закон "аннулирует отдельные акты или отказывает в открытии

судебного дела". Подлинно абсолютные презумпции, которые не могут быть упразднены, даже через признание или клятву, основываются на соображениях общественного порядка. Например, это относится к принципу силы судебного постановления, который обеспечивает юридическую безопасность, необходимую для того, чтобы судебные решения могли получить статус окончательных.

274. *Косвенные презумпции*, наоборот, представляют собой обычные виды доказательства. В то время как в случае с легальными презумпциями переход от известного к неизвестному может быть оправдан соображениями юридической политики, а не только вероятностным характером выводимых фактов, презумпции, проистекающие из человеческого фактора, основываются на выведении возможных фактов из известных обстоятельств и косвенных свидетельств. Судья всегда находится в обстановке испытательной площадки, и он должен использовать все, что предстает его взору, исключительно в целях формирования собственного убеждения. Известно огромное количество косвенных презумпций, и они применяются к самым разнообразным фактам, в то время как легальные презумпции должны быть специально предусмотрены. Они опираются на самые разные признаки, которые в изобилии проявляются в ходе выяснения обстоятельств дела, в результате специальных экспертиз или консультаций: по длине следа тормозного пути, например, судья делает вывод о превышении скорости движения автомобиля. В то же время в отношении косвенных презумпций судья располагает полной свободой их оценки. Приходится согласиться с тем, что законы, предписывающие судьям использовать "только принципиально важные, точные и не противоречащие общему ходу дела презумпции", являются всего лишь обычным предостережением и не отменяют их свободы. Презумпции, вытекающие из человеческого фактора, приемлемы только в случаях, когда закон допускает доказательства, ос-



нованные на свидетельском показании. Поэтому у них нет четко очерченной сферы применения.

В конечном счете процесс установления фактов, если он направлен на поиски действительности, к которой должно быть применено юридическое правило, заключен в рамки юридической системы; эта система, ради того чтобы учесть самые разнообразные потребности и ограничения, другие принципы, затрагивающие самые основы права, соображения юридической политики, чисто технические условия..., порой искажает картину реальной действительности. Все эти "факторы отчуждения" получают дополнительную силу звучания, поскольку усвоение факта правом предполагает, что после того, как факты будут установлены и описаны, они должны получить юридическую характеристику (квалифицированы с юридической точки зрения).

## §2 Концептуализация фактов

**275.** Для того чтобы проникнуть в сферу права, факты нуждаются в концептуализации. Они должны быть подведены под положения закона или договора, то есть ситуация должна быть квалифицирована относительно фактов, за которыми позитивное право закрепляет какие-то юридические следствия. Таким образом, необходимо сопоставить установленные факты с описанными случаями, с концептами, которыми управляют юридические правила, чтобы определить те из них, к которым могут быть приравнены данные факты, и, соответственно, определить юридические правила, которые должны к ним применяться. Какой-то факт не может произвести юридические следствия исключительно за счет своих внутренних качеств. Необходимо, чтобы юридическая норма добавила данному факту недостающее качество, а именно, сообщила ему особое значение, определенные правовые следствия и одновременно

с этим дала ему наименование (1). Именно потому, что юридические нормы предусматривают для (неумышленного) виновного действия административное наказание в виде возмещения соответствующего ущерба, а за отдельные виды виновных действий — уголовное преследование, рассматриваемые действия подлежат данным видам наказания. Но когда поведение какого-то индивида фактически установлено, применение данных санкций предполагает, что данная форма поведения квалифицируется как виновное действие. Итак, юридическое описание фактов (А) необходимо как таковое, но предполагает неточности (Б), вызванные гибкостью отдельных понятий.

### А • Юридическое описание фактов

**276.** Прежде всего необходимо выяснить, могут ли установленные факты "получить характеристику, соответствующую допущению, фигурирующему в правиле, которое предстоит применить" (2). Чтобы проделать все это, необходимо рассмотреть все обстоятельства; юридическое описание — это разновидность оценки, в которой одновременно задействованы элементы права и факты. Подобно тому, как физик или медик опираются на определенные элементы только потому, что подтверждают или опровергают какую-то гипотезу, юрист останавливает свой выбор только на тех элементах, которые помогают или препятствуют применять какое-то юридическое правило в принципе, а в континентальной правовой системе — закон или положение какого-либо соглашения (3). В то же время концептуализация может быть в определенной мере облегчена, и это зависит от того, каким образом право обозначает факты, которым оно предписывает какие-то юридические следствия. Что касается простых фактов, это обозначение

(1) M. Virally, *op. cit.*, p. 17.

(2) J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, n° 52.

(3) Ch. Perelman, *Le fait et le droit* (1961), p. 271; *Logique Juridique — nouvelle rhétorique*, n° 23 et 89 et s.

может ограничиться *их*наименованием, образованным из слов разговорного языка, без использования специальных дефиниций, но в результате такого обозначения могут возникнуть неопределенности. В позитивном праве каждый факт помимо обозначения получает *особое значение (определение)*; позитивное право уточняет состав и юридические следствия для данного факта. Любая вещь, чтобы ее можно было усвоить, нуждается в интеллектуальной репрезентации (1). Что же касается права, которое само по себе выражает ценности, распоряжения, запреты, обязанности, возможности, прерогативы, санкции..., оно от имени этих норм усваивает данные факты, чтобы сообщить им какой-то смысл. Юридическое значение, в которое облакаются предметы и формы поведения, требует, чтобы они были очень точно определены; это нужно для того, чтобы отдельные факты впоследствии могли быть корректно отождествлены с ними. Именно так обстоит дело, когда какой-то текст закона формулируется на обычном языке и когда он содержит *количественные элементы*, которые могут быть определены безошибочным способом (2): тогда переход от дескриптивного этапа (перечисления элементов) к этапу квалификационному (описанию качеств элементов) становится легким и надежным. Представление вождения автомобиля в пьяном виде соотносится с определенной долей алкоголя в крови водителя, которую можно точно измерить, поэтому в данном случае серьезных трудностей на этапе квалификационного описания возникать не должно. Гражданское совершеннолетие, зафиксированное на уровне 18 лет, не вызывает проблем оценочного плана. Но если речь идет об иностранце, проживающем во Франции, и по закону его страны совершеннолетие наступает в другом возрасте, ответ на вопрос о том, когда наступает его совершеннолетие, будет зависеть от того, какой из двух законов должен быть применен к данному случаю — французский или иностранный; общее правило гласит, что в подобных случаях в расчет принимается закон

(1) О дефинициях см. *выше*, n° 182 et s.

(2) Ch. Perelman, *ibidem*.

той страны, откуда происходит несовершеннолетний. Качественное описание фактических ситуаций, включающее их соотнесение с самыми простыми концептами, часто осложняется из-за *конъюнкции разнородных элементов одной и той же ситуации*.

И очень часто переход от количественного описания к качественному бывает стеснен сложным характером понятий, под которые предстоит подвести факты. Например, когда качественное описание фактов проходит через этап определения концепта, вытекающего из предварительной дефиниции. Или такая проблема: допустим, существует закон, более сурово наказывающий за ночную кражу; к какому типу вопросов — правовому или фактическому — будет относиться вопрос о времени совершения кражи? Важно ли знать, когда имела место кража: между закатом и рассветом или между таким-то и таким-то часом, соответствующим юридической дефиниции ночи? Наибольшие трудности представляют *качественные понятия*, поскольку они предполагают оценочное суждение и субъективную оценку. Некоторые из этих понятий в конечном итоге получают определенную точность благодаря большому числу оценок, получаемых ими со стороны судебной практики, предметом которой они являются, и благодаря критериям, которые выявляются в процессе (1). Положение дел осложняется также в связи с использованием *качественных и эволюционных концептов*, которые всегда остаются неточными.

## **Б • Гибкость определенных качественных характеристик**

277. Право нуждается в определенном наборе *гибких понятий* (2) с вариативным содержанием, как виновное

(1) См. *выше*, n° 240 et s.

(2) J. Dahin, *Théorie générale du Droit* (Ed. Dalloz, 1969), n° 245 et s.; S. Riais, "Le juge administratif français et la technique du standard — Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité" (L.G.D.J. 1980); см. *выше* n° 185.

действие, бездействие, беспечность, общий интерес, справедливость, срочность, правила приличия... В настоящее время понятия данного типа абсолютно необходимы для того, чтобы понять "in concreto" приспособляемость форм человеческого поведения к соответствующим нормам. Во временном плане эти понятия обеспечивают адаптацию качественных юридических характеристик и, следовательно, применение соответствующих правил к эволюции общества: понятие правил приличия изменчиво по своей природе и понималось очень по-разному в 1985 и в 1804 годах! В содержательном плане эти понятия позволяют оценить соответствие фактов положениям позитивного права — либо напрямую, либо путем корректировки других принципов. В функциональном плане эти понятия, соседствуя со строгими понятиями, играют роль компенсационной муфты или нейтральной полосы для новых ситуаций, которые благодаря им могут быть восприняты правом. Они помогают судье принимать во внимание только те факты, которые соответствуют качеству, управляющему применением определенного правила. Качественное описание превращается, таким образом, в сложную операцию. Что касается определения границ поля, где применяется норма, за это отвечает судья, а не закон: "Каждое новое качественное описание добавляет легальному концепту какую-то черту; то, что прежде существовало только потенциально, отныне существует в виде акта" (1).

Расплывчатость этих юридических концептов порождает большую изменчивость качественных описаний. Эти концепты определяются не только как таковые, но и по отношению к ценностям, принятым в данном обществе. То есть больше нет речи просто о праве, которое вводится законодателем, но о компромиссе между этим правом и

тем, что рассматривается как справедливое или разумное (1). Поэтому нам следует различать "нормативные концепты" (например, виновное действие или бездействие по отношению к поведению добропорядочного отца семейства), посредством которых можно оценить поступки, и "дескриптивные концепты", которые эволюционируют относительно медленно и, следовательно, более объективны. Гибкие концепты придают оценке судьи неопределенность, потому что их критерии применения не могут быть оторваны от социального контекста и субъективного восприятия фактов. Например, понятие правил приличия, которое, как кажется, содержит действующие правовые системы всех стран, имеет значение, которое варьируется не только во времени и пространстве, но может также меняться в одной и той же местности и в один и тот же момент — в зависимости от проблемы, в связи с которой это понятие вводится (действительность договора или уголовное преследование за публикацию порнографии), и в зависимости от личной оценки судьи, обязанного как-то оценить данное понятие. Следует ли в таком случае считать, что применение данных концептов является всего лишь вопросом фактического плана, подчиненным независимой оценке судей, что может породить необоснованные судебные решения? Или, наоборот, необходимо, чтобы органы судебной власти под контролем кассационного суда унифицировали аппарат используемых концептов, рискуя, таким образом, ввести слишком абстрактные критерии оценки? Два решения дополняют друг друга. В то же время второе грозит стать помехой для необходимой адекватности права фактам.

" (1) m Ivamer, "L'interprétation des faits en ЛЫЛ J.C.J. 1<sup>re</sup> 3235 n°

(1) Ch. Perelman, *ibidem*.

# 2

Раздел

## ОТВЕТ ПРАВА ФАКТАМ

Юридическое правило — это распоряжение, адресованное юридическим порядком человеку. За обязательным, разрешающим или запрещающим, характером юридической нормы могут скрываться промежуточные и дополнительные предписания. Антитеза факта и права сводится к антитезе "быть" и "должно быть", а если использовать язык Кельзена — "Sein" и "Sollen". Однако юристы чересчур спешат с противопоставлением факта и права, поскольку миссия права сводится именно к тому, чтобы управлять фактами. Ответные реакции позитивного права (§1) в таком случае конкретизируются в оценке судьи (§2).

### §1 Реакция позитивного права

279. Воспринимая человека в ситуации, позитивное право определяет, исходя из установленных фактических ситуаций, формы поведения, которых необходимо придерживаться. Право только в том случае оказывается нейтральным по отношению к фактам, когда проявляет не свойственную его природе пассивность. В связи с этим заметим, что возможны две противоположные установки права по отношению к фактам: придерживаясь реальной действительности, право утверждает факт (А), а отдав предпочтение фиктивности, право его отвергает (Б).

#### А • Восприятие факта правом

280. Восприятие факта правом — явление, отличающееся постоянной изменчивостью. В одном случае под ним понимается оценка процесса создания или эволюции

юридического правила и оценка роли социальных фактов в этом процессе: данная проблема нами уже была рассмотрена (1). В другом случае ученые пытаются выяснить, в какой мере юридическое правило допускает на юридическую сцену простые ситуации, составленные из фактов, и, следовательно, в какой мере они признаются правом: эту проблему мы рассмотрим ниже. Проблема состоит в том, что закон или судебная практика исходят из реальности, живущей на краю существующих юридических норм, иногда вопреки последним. Но из-за риска недооценки морального идеала мы не можем не признать кристаллизацию формы, возможной благодаря времени, необратимость совершившегося факта, характерную для ряда случаев, и юридическую безопасность, которая должна прилагаться к вере в закон третьих лиц. Именно такое относительное подчинение права фактам отражает теория видимости (2), и к этому подчинению прилагаются другие институты, как, например, различные формы владения, которые в конечном счете оказываются всего лишь "спокойными видимостями". В некоторых случаях общественность требует юридической защиты фактов, противоречащих праву; реальные ситуации иногда заставляют допустить право (3).

Под *видимостью* в праве, как и в обиходном языке, понимается то, что проявляется внешне, но также и то, что иллюзорно и обманчиво. Существуют особенно яркие ситуации фактического плана, которые заставляют верить в существование юридических ситуаций, реально не существующих. Нет ничего ненормального в том, что право отражает такие яркие ситуации либо как таковые, либо потому, что они показательны для правовых систем. Право управляет судьбой видимых пороков, регистрирует акты,

(1) См. *выше*, п° 149 et s.

(2) J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, n° 770 et s. и процитированные ссылки.

(3) J. Carbonnier, *Droit Civil, Introduction — Les personnes*, if 40.

посредством которых владелец проявляет себя собственником, придерживается внешней формальности в вопросах коммерции... и, следовательно, выводит юридические следствия непосредственно из видимости. Однако видимость есть конкретное проявление прав, которые не имели бы без нее материального выражения и существование которых она помогает доказывать. Здесь необходимо вспомнить о том, что видимость бывает обманчивой. *В тех случаях, когда видимая реальность не передает реальность юридическую, где имеет место нарушение равновесия между конкретной видимостью и содержанием права, возникает вопрос о необходимости сообщения юридических следствий чисто фактическим ситуациям.* Положения, разбросанные по разным кодексам, допускают такую возможность: в гражданском праве (ст. 1240, 1321, 2005, 2006, 2008 Гражданского кодекса), в коммерческом праве (ст. 369, закон от 24 июля 1966 г.), в международном частном праве (ст. 26 Кодекс французского гражданства, закон от 9 июля 1973 г.)... в соответствии с этими положениями видимым ситуациям приписываются следствия реальных юридических ситуаций: что приводит к сокрытию подлинной юридической ситуации. Обобщая отдельные явления, *"теория видимости" в принципе полагает, "что ложная уверенность, основанная на видимой реальности, может возобладать над юридической истиной"* (1). Преступная небрежность или виновное действие подлинного обладателя права, которое дает начало обманчивой видимости, служит иногда оправданием того, что это право закрепляется для защиты третьих лиц, но подобные проступки не обязательны для юридического закрепления видимости. *Ложная вера добросовестных третьих лиц порождает правовые след-*

(1) J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, n° 780 et s.; см. также: M.N. Jobard-Bachellier, "L'apparence en droit international privé: Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé", Ed. L.G.D.J., Bibl. de Dr. Privé, T. 178, Paris, 1984.

*ствия.* Так, какое-либо лицо может стать обязанным по отношению к третьим лицам на основании видимого документа, даже в отсутствие проступка с его стороны, если вера третьих относительно полномочий видимого мандатария легитимна. Этот принцип отвечает "требованию безопасности юридических отношений" (1). Он предполагает, что видимая ситуация могла вызвать со стороны третьих лиц "общую", или легитимную, ошибку. Эта ситуация соответствует максиме "error communis facit jus"; общая ошибка есть "неопровержимая" ошибка или, по крайней мере, ложичная или легитимная ошибка.

Поэтому теория видимости имеет неограниченную сферу применения. Она не исключается ни из одного раздела частного права и распространяется на большое число разделов государственного права (2). В то же время она сохраняет свой вспомогательный характер, так как не может главенствовать над другими точными диспозициями, адекватными рассматриваемой ситуации. Видимость имеет отношение к понятиям собственности, полномочий, прав личности, к статусу предпринимателя, к праву на создание акционерных обществ, к административной ответственности, к гражданству... (3). В пользу третьих лиц видимость создает права, в применении которых третьи лица не придерживаются норм применения юридических правил и которые годны для применения против истинного владельца прав (4). Но и помимо теории видимости право часто наделяет следствиями простые фактические ситуации.

**281.** Мы ограничимся несколькими наиболее характерными примерами. *Владение имуществом* есть фактическое владение вещественным предметом, осуществляе-

(1) *Ibidem*, n-781.

(2) Jouve, "Recherche sur la notion d'apparence en droit administratif français", *Rev. Dr. Public*, 1968, 283.

(3) J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, n° 788 et s.

(4) *Ibidem*.

мое каким-то лицом и соответствующее в его сознании осуществлению вещного права. Это всего лишь фактическая ситуация, но часто она совпадает с собственно правом. Владелец, как правило, является собственником. Даже если это не так, он защищается правом в своем качестве до тех пор, пока истинный собственник не подтвердит свой статус. Более того, пролонгированное владение позволяет владельцу получить имущество в собственность в силу принципа узукапии (за давностью владения) и, таким образом, трансформирует фактическую ситуацию в правовую. В праве, регулирующем статус лиц, *владение статусом*, то есть видимость некоторого статуса, фактическое осуществление прерогатив какого-то статуса (супруга, законнорожденного ребенка, незаконнорожденного ребенка...), независимо от того, действительно ли данное лицо является обладателем статуса, позволяет установить законное или внебрачное происхождение и разрешить конфликты.

Современное право признает важные юридические следствия для института сожительства, который, впрочем, остается простой фактической ситуацией; сожительство сближает свободный брак (внебрачную связь) с законным браком, поскольку свободный брак заимствует определенные внешние черты (видимость) у брака, в частности устойчивость и общеизвестность. Так требования юридической защиты заставляют помогать факту одерживать победу над правом и, следовательно, корректировать нормальные следствия последнего в обстоятельствах, когда этого требуют соображения общественного порядка. Но иногда юридический порядок в целях сохранения своей специфической структуры, своей цельности или в целях защиты определенных ценностей или институтов, вместо того чтобы воспринять конкретные факты реальности, отвергает их.

#### **Б • Неприятие факта правом**

**282.** Очень часто право заменяет реальность вымыслом. *Юридический вымысел* — это прием юридической

техники, при помощи которого рассматривается ситуация, явно не соответствующая действительности, и который позволяет вывести из нее юридические следствия, отличные от тех, которые вытекали бы из простой констатации фактов. Так, в праве, регулирующем вопросы наследования, вымышленное продление умершего лица в лицах наследников позволяет избежать какого-либо прекращения режима собственности на наследуемое имущество (1). Аналогичным образом ребенок, рожденный вне брака и узаконенный, или усыновленный ребенок в случае полного усыновления представляется как законный ребенок; никто не может нарушать закон; зачатый ребенок рассматривается как рожденный, когда речь пойдет о его интересах, что позволит ему оформить соответствующие права с момента своего зачатия... Итак, вымысел состоит в том, чтобы подчинить какую-то социальную реальность власти ума, погружая эту реальность в рамки относительно искусственного концепта. Это "сознательное искажение действительности", предназначенное для того, чтобы произвести полезные результаты. Свободно изменяя реальную картину вещей, вымыслы приводят к подчинению общественной жизни желаемым предписаниям (2).

Теперь обозначим функции, приписанные юридическому вымыслу, приему, который широко применяется в наиболее продвинутых юридических системах и который в полной мере использовался римским правом. Классическим стало признание за вымыслом *исторической функции* и *догматической функции*. Выполняя свою *историческую функцию*, вымысел позволяет ввести в жизнь общества новые юридические правила. Она служит как бы приемом расширения существующего права. Вместо того чтобы издавать законы, создавая новые категории, предпочти-

(1) R. Guillien et J. Vincent, *Lexique des termes juridiques*. См. Fiction.

(2) F. Géný, *op. cit.*, Т. III, n<sup>os</sup> 240 et s.

тельной было бы опираться на существующие категории, поскольку в таком случае удастся сохранить общую целостность юридической системы, а не вводить в систему существующих концептов новые концепты, которые не совпадают с первыми. Поэтому совершается "насилие над новой реальностью ради того, чтобы подвести ее под уже принятую идею и сделать более доступной". Таким образом право соединяет будущее с прошлым. Преимущество вымыслов в том, что они "поддерживают статичность права". "Играя презумпциями ответственности, можно было перейти от правонарушения к риску". "При помощи вымысла юридического лица акционерных обществ собственность на имущество, принадлежащая обществу, могла рассматриваться как индивидуальная собственность". Вымысел — это своего рода "дань уважения юридическим принципам" (1). Помогая охватить юридические решения рамками позитивной правовой системы, рассматриваемой в качестве закрытого комплекса, вымыслы получили *еще и перманентную догматическую функцию*. Никто не спорит с тем, что вымысел имеет двойную функцию: историческую и догматическую.

В более общем смысле вымыслы выполняют *функции юридической техники* за счет своей догматической и механической полезности (например, обратная сила) и *функции юридической политики*, которые в разных случаях могут проявляться как исторические и телеологические (2). В силу своей телеологической функции вымыслы могут защитить некоторые институты, принципы, ценности или содействовать их развитию. Усыновление или натурализация могут служить хорошими тому примерами. Если вплоть до принятия закона от 3 января 1972 г. презумпция

(1) *Ibidem*; G. Ripert, *Les forces créatrices du droit* (L.G.D.I., 1955), n°

144; J. Carbonnier, *op. cit.*, T. 1, n° 7.

(2) J. L. Bergel, "Le rôle des fictions dans le système juridique", *Me Gill*

*Law Journal*, Vol. 33-2, 1988, p. 357 et s.

отцовства мужа была почти неопровержимой, то это было связано с традицией защиты законной семьи, рассматривавшейся раньше в качестве единственной базовой ячейки общества. Вымыслы могут, таким образом, препятствовать сползанию фактов социальной жизни с прежней колеи и содействовать сохранению главных ценностей.

Однако вымыслы — это искусственные приемы права, которые искажают, иногда вплоть до их полного отрицания, реальные факты. Поэтому законным будет вопрос о пользе и вреде вымыслов. Немецкая доктрина трудами Савиньи и Иеринга (1) показала, какую бесценную услугу вымыслы оказали римскому праву. История английского права также свидетельствует об особой роли вымыслов как факторов его развития (2). Иногда утверждается, что вымыслы не представляют больше существенного интереса в наше время, когда можно спокойно проводить реформы позитивного права и вводить новшества, в которых возникает необходимость. Однако этот инструмент сохраняет свою полезность и не утрачивает своих функций. Влиятельные немецкие авторы, такие, как Иеринг (3) и Виндшельд, или французские, такие, как Салей и Демог (4), признают за вымыслом существенную роль в разработке права. Жени показал, что хотя вымысел должен быть отброшен в случаях, когда необходимо найти "данность", он, вымысел, остается важным терминологическим инструментом и его следует сохранить на строительной площадке, где создаются новые концепты (5). В то же время этот автор подчеркивал, что необходимо уметь избегать пере-

(1) например, R. Von Ihering, *Geist des römischen Rechts*. Trad. De Meulenaire (3<sup>e</sup> éd. 1888), T.W. (§68).

(2) H. Sumner Marne, *L'ancien droit*, Trad, Courcelle Seneuil (1894), pp. 25 et s.

(3) *Ibidem*.

(4) например: R. Saleilles, *De la personnalité juridique* (Paris, 1910, Pp. 603 et s.).

(5) F. Géný, *ibidem*.

гибов, чтобы искажение реальности не выходило за рамки жизненных потребностей. Рипер также утверждал, что не следует полагаться на слишком большую техническую ловкость, за которой скрывается нарушение принципов, и вводить в право искусственные элементы, изменяющие его смысл и значимость. Так, вымысел не может быть признан в ином качестве, как только "прием, не согласующийся со здравым смыслом" (1). "Материальная реализуемость" права, его "доступность" (2) дают возможность избежать слишком серьезных расхождений между правом и фактами. Наша эпоха отбрасывает все табу и испытывает на себе значительные перемены, которых никак нельзя не замечать, по меньшей мере этого "бунта фактов против права", который может уничтожить всякую эффективность правовой системы и закрепить анархию или спровоцировать приход тоталитаризма. Однако в условиях необходимой "преемственности права", которая не исключает его эволюции, в условиях компромисса между социологическим позитивизмом и идеализмом, в условиях, когда забрезжила перспектива установления связей между различными юридическими системами, вымысел остается ценным инструментом, хотя это всего лишь один из инструментов среди других, и не стремится к незаконному захвату всей юридической системы. А конъюнкция факта и права лучше всего осуществляется путем судебных оценок.

## §2 Оценка судьи

283. Оценка судьей тяжбы предполагает одновременно констатацию фактов и применение юридического правила. Хотя столкновение фактов и права неизбежно, их различие особенно четко заметно в правовых системах, основан-

ных на законе, например, в романо-германских правовых системах. Это различие более размыто в странах, где действует "*обычное право*"; правовые системы, где доминирует судебная практика, в большей мере смешивают факт и право в правиле прецедента. В Англии Палата лордов или Апелляционный суд Верховного суда выносят постановления по сути вопроса, занимаются правотворчеством и не ограничиваются только применением права; здесь не существует системы кассации путем обжалования. Тем не менее в странах "*обычного права*", где очень распространена практика жюри и судей-непрофессионалов, разделение на оценку фактов и применение правовых решений носит принципиальный характер.

Система выборных судей и участие народных заседателей ведет в СССР к устранению принципа апелляции. Возможность, закрепляемая за судом высшей инстанции, отменять судебное решение, принятое на уровне народных судов, видимо, показалась "антидемократичной". Здесь допускается только обжалование, обоснованное юридической ошибкой, совершенной судьями. Такой порядок ведет к четкому различению факта и права, как это имеет место и во Франции, но по другим причинам (*право Кассационного суда осуществлять контроль*). В большинстве правовых систем романо-германских стран серьезные практические соображения заставили ограничить контрольные функции верховных судов контролем за соблюдением норм права. Если в некоторых странах, например, в Швеции, Исландии, Дании и Финляндии существует единственная юрисдикция высшего уровня, образующая третий уровень юрисдикции, в других странах, например, в Швейцарии, Нидерландах, Испании, Греции, Франции... роль соответствующих верховных юрисдикции сведена к контролю за легальностью решений, которые им передаются на рассмотрение (1).

(1) F Gény, *ibidem*; G. Ripert, *ibidem*.  
(2) J. Dabin, *op. A*, n° 230ets.



Во Франции различие факта и права по данному вопросу носит общий и абсолютный характер только в отношении судебного разрешения споров.

284. В то время как юрисдикции первой инстанции и апелляционные суды в полной мере знакомы с процедурой тяжбы в аспекте фактов и в аспекте права, Кассационный суд должен рассматривать как принятые факты, оценка которых дается судьями низших инстанций в оспариваемых решениях. Кассационная жалоба может основываться только на правовых доводах, но не на фактических (косвенных) доводах. Кассационный суд ограничивается проверкой того, не ошиблись ли судьи низших инстанций в применении юридического правила, и, в случае обнаружения ошибок, кассирует их решение. Такое ограничение роли Кассационного суда не обходит стороной интересы сторон, претензии которых чаще всего рассматривались уже дважды. Третий анализ фактов был бы затруднен: удаленность подсудных и фактических элементов тяжбы запрещает Кассационному суду производить новые расследования или делает их очень дорогими. Различие факта и права отвечает, таким образом, практическим потребностям: ограничение числа обжалований и загруженность Кассационного суда. Во Франции Кассационный суд и его единичность оправдывают себя в конечном счете тем, что защищают государственные интересы. Миссия этой инстанции заключается в том, чтобы обеспечить единство права и единые принципы его применения на территории всей страны.

В то же время в некоторых случаях различие факта и права представляется искусственным. Толкование договоров, если его рассматривать в фактическом плане, проявляет себя в правовом плане в случаях договоров присоединения или в случаях типовых условий, которые не были предметом обсуждения сторон. Спорным представляется также правило трактовки иностранных

законов в аспекте фактов. Такая искусственность, может быть, свидетельствует о существовании глубинных неразрывных связей между фактом и правом (1).

- Иллюстрация

Переход от факта к праву:  
юридический силлогизм

*Пример:* силлогизм "о смертности Сократа":

"Все люди смертны (большой термин), я человек (меньший термин), следовательно, я смертен (заключение)"

*Юридический силлогизм*

*Случай из практики:*

Х., катаясь по парку за рулем своего автомобиля, сбил собаку Y, которая перебегала дорогу в обычном месте. Скорость движения для данного места ограничена 20 км/ч. Автомобиль Х. оставил на поверхности дороги тормозной след длиной в 40 метров.

*Юридический силлогизм, который очень часто членится на несколько последовательных силлогизмов, в данном случае будет расчленен на три силлогизма:*

*Силлогизм № 1.*

*Посылки:*

*большая:* Скорость была ограничена 20 км/ч = *Право.*

*меньшая:* Х. двигался с превышением скорости (Доказательство посредством косвенной презумпции: длина следов тормозного пути позволяет сделать вывод о большой скорости) = *Факт*

*Заключение:* Х. нарушил допустимый предел скорости.

(1) F. Rigaux, "La notion défait en science juridique", Annales de droit de Louvain, T. 48, 1988-1, p. 3 et s.

### Силлогизм № 2

Посылки:

┌ большая: Нарушение регламента — преступление =  
Право.

└ меньшая: X нарушил регламент = Факт.

Заключение: X совершил преступление.

### Силлогизм № 3

Посылки:

┌ большая: Ст. 1382 Гражданского кодекса, "Любое деяние какого-то человека, причиняющее ущерб другому человеку, обязывает первого, по вине которого нанесен ущерб, возместить его" = Право.

└ меньшая: своим преступным действием X. причинил ущерб Y = Факт

Заключение: X. должен возместить ущерб, который понес Y.

(Отметим усиливающуюся юридизацию факта, по мере сочленения силлогизмов).

*Символическое изображение юридического силлогизма:*

Посылки:

┌ большая: Юридическое правило: A — → B: правонарушение (A) обязывает того, кто его совершил, возместить ущерб ( — → B).

└ меньшая: обстоятельство фактического плана: C = A: X (C) совершил правонарушение ( = A).

Заключение: C — → B: X (C) должен возместить ущерб ( — → B).

Кассационная жалоба против решения суда последней инстанции, приговорившего X., не могла основываться на опровержении утверждения о превышении скорости (факт), но могла строиться на опровержении квалификации правонарушения или толкования ст. 1382 Гражданского кодекса (право).

## Глава 4

# СУДЬЯ И ПРОЦЕСС

285. Давая определение юридической нормы и сравнивая ее с другими социальными правилами неюридического свойства, Жан Карбонье (1) в конечном итоге приходит к выводу, что "юридическим следует называть то, что способно вызывать судебные решения, то, что имеет (значение для судебного процесса, то, что подлежит рассмотрению и в чем нуждается эта своеобразная деятельность третьего лица, именуемая работой арбитра или судьи". Такое заключение не означает, что его автор смешивает реальность права с понятием спорного вопроса или с понятием судебного разрешения спорных вопросов, поскольку право, регулирующее разрешение споров в судебном порядке, есть право патологическое, но не нормальное. Чаше всего юридическая жизнь протекает без организации специального процесса, по взаимному согласию заинтересованных сторон или за счет спонтанного уважения закона и прав, с которыми уже тончайшими нитями связана угроза применения силы со стороны государства; это обстоятельство является характерной чертой юридического правила. В случае спора или нарушения правила обращение к третьему, незаинтересованному лицу, имеющему влияние на стороны, является единственным юридическим принятым способом преодоления конфликта; так право запрещает вершить правосудие самостоятельно и лишает индивидов права использования силы. Таким образом, судья, военачальник и шаман, вероятно, являются первыми со-

(1) J. Carbonnier, *Flexible droit* (5<sup>e</sup> éd. 1983), p. 22.

циальными авторитетами, которые узнало человечество (1). Однако юридический акт предполагает предварительный контроль фактического и правового аспектов ситуации, которая оправдывает его происхождение. Не умаляя роли частного арбитража, следует признать, что именно судебная власть облечена функцией судьи, другими словами, именно она должна обеспечивать подавление правовых нарушений и разрешать на правовой основе и силой законной истины спорные дела, которые возникают в связи с существованием или применением юридических правил (2).

286. *Судебный иск* (вообще юридическое действие) — это признанная за юридическими лицами возможность обращаться в органы правосудия за тем, чтобы добиться уважения своих прав и законных интересов (3). В настоящее время принято считать, что иск и субъективное право, которое призвано защитить иск, — это не одно и то же, как было принято считать прежде, поскольку иск и право не обязательно сопутствуют друг другу. Кроме того, разрешение спорного вопроса не всегда имеет целью обеспечение защиты личных прав частных лиц. Помимо субъективного судебного разрешения споров, существует объективное судебное разрешение споров; последнее имеет целью обеспечение абстрактной законности для того, чтобы наказать за нарушения путем уголовного разбирательства, заставить аннулировать незаконный административный акт, обеспечить защиту коллективных интересов юридических лиц... Таким образом, трудно проанализировать судебный иск в рамках одного только автономного субъективного права, и, следовательно, предпочтительнее квалифицировать его как законное право, признанное за всеми юридическими или физическими лицами, государственными и

частными, французскими или иностранными, обращаться в судебное учреждение в целях защиты своих прав, своих законных интересов или в целях возмещения (морального или материального) ущерба, вызванного их нарушением (1). Статья 30 (нового гражданско-процессуального кодекса Франции) определяет иск как "право заявителя жалобы быть заслушанным по существу жалобы, с тем чтобы судья определил ее обоснованность или необоснованность", а для ответчика это "возможность ... обсудить правомерность жалобы".

Следовательно, судебный иск имеет целью вызывать судебное решение. Но следует заметить, что истец не всегда имеет ответчика: судья, "при отсутствии тяжбы", может рассматривать "заявление... если закон требует его проверки со стороны судьи" (ст.25 и др. нового гражданско-процессуального кодекса), например, в случаях усыновления. Следовательно, судебное решение требуется не только по спорным делам, но по делам, которые рассматриваются в рамках особого производства; вопрос только в том, имеет ли такое решение судебно-правовой характер. Но в любом случае судебный иск — это способ обращения к судье (Раздел 1) за тем, чтобы получить судебное решение по окончании судебного процесса (Раздел 2). Надежность и качество судебного решения зависят от гарантий, данных участнику процесса как судьями, так и собственно процессом. Независимо от технических правил, которые определяют характер организации судебного дела, различных процедур, о которых мы говорить не будем, следует выделить основные принципы, из которых вытекают эти гарантии.

(1) M. Virally, *La pensée juridique* (éd. L.G.D.J. 1960), p. 104.

(2) R. Guillen et J. Vincent, *Lexique de termes juridiques*, см. *Judiciaire* (pouvoir).

(3) J. Vincent et S. Guinchard, *Procède Civile*, Précis Dalloz, 20<sup>e</sup> éd. 1981, n<sup>os</sup> 17 et s.

(1) J. Vincent, G. Montangier et A. Varinard, *La Justice et ses institutions*, Précis Dalloz 1982, n° 720.

## Раздел

287 Судья, как родовое понятие, обозначает в данном случае все органы, которые осуществляют судебную функцию. Глобально правосудие постигается на двух уровнях: на конституционном уровне оно обозначает власть, на административном — организацию (1). Принципы, определяющие роль судьи (§1) и судебной организации (§2), главенствуют в осуществлении одной из основных функций государства — правосудие выступает в качестве одного из элементов, образующих суверенитет.

## § 1 Роль судьи

288. Во Франции, с тех пор как Революция отменила сеньориальные юрисдикции, правосудие, будучи регальным правом, исходит из монополии государства. Однако в других странах, с федеральной структурой управления, одновременно существуют государственные и федеративные юрисдикции. Отношения между ними могут быть самыми разнообразными. В некоторых случаях федеральные юрисдикции существуют только на вершине иерархической лестницы. В других случаях, например в США, где главенствующим является принцип компетенции государственных юрисдикции, которые рассматривают приблизительно 95% дел, федеральные юрисдикции компетентны в делах первой инстанции, в зависимости от характера спора или от статуса судящихся сторон, если Конституция или закон Конгресса передают им эту компетенцию.

(1) Roland et L. Boyer, *Les institutions judiciaires* (L'Hermès 2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 9.

Во французском праве только государственные суды и трибуналы, обладающие властью и исполнительной силой по рассматриваемому делу, имеют право выносить решения. Если стороны договариваются подвергнуть их спор суду одного или нескольких арбитров, они, тем не менее, остаются под контролем государства, так как арбитражные судебные решения приобретают силу только через предписание государственного судьи и, в соответствии с нормами судебного права, могут быть обжалованы в судебных юрисдикциях.

Власть государства вершить правосудие предусматривает обязанность судить: ст 4. Гражданского кодекса предусматривает, что "судья, который отказывается судить под тем предлогом, что законом не предусмотрено рассмотрение данного вопроса, который неясно или не лучшим образом трактуется, будет преследуем как виновный в отказе в правосудии". В настоящее время признаются равные возможности всех граждан состоять на государственной службе в органах правосудия; для того чтобы принцип равноправного доступа к правосудию не был иллюзорным, сохраняется бесплатность правосудия. Со времен Революции судящиеся стороны не должны платить своим судьям (закон от 16-24 августа 1790 г.); еще одним очень радикальным шагом в этом направлении стал закон от 30 декабря 1977 г., после принятия которого определенная часть судебных расходов больше не взимается со сторон, но оплачивается государством. И все-таки стороны продолжают нести расходы, связанные с оплатой вспомогательного юридического персонала, министерских чиновников и специалистов, которые участвуют в процессе. Таким образом, бесплатность правосудия не является полной, при этом самые бедные участники судебного процесса могут воспользоваться "судебной помощью", благодаря которой они могут быть полностью или частично избавлены от расходов по ведению процесса; хотя в принципе стороны процесса обязаны оплачивать соответствующие расходы.

Отправление правосудия предполагает два вида особых прав, проистекающих из авторитета государства: право говорить от имени права и, следовательно, ставить точку в деле (*jurisdictio*) и право распоряжаться (*imperium*), которое состоит в издании предписаний, обеспечивающих исполнение решений. Такой двойственный характер функции правосудия ставит под сомнение определение "юридического акта" и сферу его применения, поскольку, как получается, существуют административные власти, высказывающиеся от имени права, и существуют юрисдикции, осуществляющие акты администрирования, а ряд гарантий, связанных с идеей судебного спора, не обеспечивается. Неясность понятия *юридического акта*, существующая вопреки важности вытекающих из этого следствий, заставляет остановиться на нем особо (Б) после определения *миссии судьи* (А).

#### А • Миссия судьи

**289.** Миссия судьи, зависящая от идеологического и исторического контекста, не является одинаковой во всех юридических системах. Вопреки современным тенденциям развития закона и регламента, английское правосудие по-прежнему опирается на судебную практику (*case law*). Функция английского судьи сводится, в частности, к тому, чтобы высказываться по конкретному виду явлений, принимая во внимание "прецеденты", и, может быть, создавать таким образом новое правило ("legal rule"), которое будет применяться к явлениям данного вида. Так, "обычное право" создавалось королевскими судами Вестминстера. Решения, принимавшиеся верховными судами, то есть "Supreme court of Judicature" и Палатой лордов, имеют здесь значение обязательного прецедента: нижестоящие юрисдикции должны их придерживаться и уважать правила, установленные судьями (*stare decisis*). Таким образом, в противоположность романо-германскому праву, в

английской правовой системе принципы права не вытекают из свода ранее принятых норм, но из судебной практики, роль которой состоит в выявлении норм права, а не в использовании преобразованных принципов. Аналогичная система правотворчества сложилась в Соединенных Штатах, хотя здесь наравне с юриспруденцией большую роль играет законодательство (*statute law*), а структура федерального устройства обуславливает разнообразие и гибкость правила "*stare decisis*"; благодаря этому перемены в политике Верховного суда США и верховных судов других штатов порождают сравнительно большую эволюцию и делают возможной относительную унификацию правовой системы. В советской правовой системе, где состояние права напрямую зависит от политики государственной власти, юриспруденции отведена функция толкователя закона, причем судьи строго придерживаются этих рамок (ст. 112 Конституции СССР), а сам закон, в отсутствие какого-либо органа, контролирующего конституционность законов, представляет собой высшую правовую норму. Таким образом, в СССР роль судов ограничивается применением текстов и исключает правотворчество, адаптацию или изменение правовых положений (1).

**290.** Французское право основывается на промежуточной концепции. Революционеры 1789 года, помня о сопротивлении, которое монархи встречали в лице парламентов, отказались от идеи трибуналов и лишили их возможности заниматься правотворчеством. Принцип разделения властей, утвердившийся под влиянием Монтескье, стал догмой французской правовой системы. Этот принцип предполагает, что законодательная власть принадлежит только

(1) R. David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 8<sup>e</sup> éd. Par C. Jauffret-Spinosi, n<sup>os</sup> 223 et s. Об английском праве см. n<sup>o</sup> 330 et s.; Sous la dir. de J.A. Jolwicz, "Droit anglais", Précis Dalloz, Paris, 1986, n<sup>o</sup> 53 et s. Об американском праве см. E. A. Farnsworth, "Introduction au système juridique des Etats-Unis", Éd. L.G.D.J., Paris 1986, p. 61 et s.

парламенту, который выражает общую волю, в то время как суды, согласно закону от 16 — 24 августа 1790 г., "не могут под страхом наказания за должностное преступление прямо или косвенно принимать участие в осуществлении законодательной власти, препятствовать исполнению постановлений законодательного органа или приостанавливать его".

Статья 5 Гражданского кодекса Франции запрещает "судьям в решениях по делам, подчиненным их юрисдикции, провозглашать общие и регламентарные положения" и предотвращает, таким образом, возможный внезапный всплеск "регламентарных постановлений", ограничивает власть судебных решений по делам, по которым эти решения выносятся; таким образом, сегодня снят вопрос о том, чтобы свести роль судьи к работе "уст, которыми говорит закон" (1). Закон — это еще не все право. В течение своей жизни он избегает давления со стороны своего создателя, а если он управляет судьей, то проникает в юридическую среду посредством судебной власти, обязанной его исполнять, заставить его жить (2). Раньше много говорили о принадлежащей юрисдикции "власти обновления" и о необходимости, пусть ценой резких перемен, "избавить судящиеся стороны от неудобств устаревшего закона". В настоящее время представляется невозможным оспорить тот факт, что судебная система, а следовательно, и судьи выполняют роль творцов права. Тем не менее эта концепция динамичной и "святой" миссии судьи не может привести к признанию за ним права сделать из судебной системы инструмент преобразования общества путем предвосхищения возможных реформ или путем создания благоприятных условий для некоторых категорий подсудных.

(1) Ch. Perelman, *Logique Juridique — Nouvelle rhétorique* (Ed. Dalloz 1979), n° 87.

(2) G. Ripert, *Les forces créatrices du droit* (Ed. L.G.D.J. 1955), n° 165.

В начале века представители власти задались целью интерпретировать тексты, ввести некое подобие юридического социализма. В наше время находятся специалисты, которые заявляют, что судебная функция есть "политический акт". Однако такое понимание сути явления в корне противоречит истинному положению вещей, это искажение сути наших конституционных законов, согласно которым основной общественный выбор касается только выборных политических органов, ответственных за исполнение принципа общего избирательного права и не заменимых никаким другим органом, в том числе судебным: смешивание судебной и властной функции противоречило бы принципу разделения властей, Декларации прав человека 1789 г. и принципу "нейтралитета судьи", который был закреплен в Европейской конвенции по правам человека (ст. 6,1).

291. Принцип разделения судебной, исполнительной и законодательной ветвей власти, задуманный как строгая норма государственного устройства, не устоял перед утопиями Конституции 1791 г. Автономия судебной власти была, впрочем, задумана во времена Революции как средство, ограничивающее революционный максимализм, и Конституция 1958 г. в своем 8 разделе в значительной мере опирается на понятие "власть судебных органов", а не на понятие "судебная власть".

И все-таки, чтобы обеспечить основные свободы, судья должен сохранять независимость. Успех его миссии зависит от связей, которые он поддерживает не только и не столько с законодательной властью, но главным образом с исполнительной.

Защита судьи от произвола со стороны законодательной власти предполагает, что последняя не может ни навязать действующим судебным процедурам новые правила, ни изменить результат ранее принятых решений. Принцип отсутствия обратной силы закона (1) позволяет избег-

(1) *См. выше, n° 111, 112.*

нуть подобных незаконных посягательств на безопасность судящейся стороны, несмотря на некоторые смягчения или исключения, связанные с принятием законов-толкований или законов-подтверждений. В отношениях с исполнительной властью независимость судьи предполагает, что он не испытывает давления со стороны органов государственной власти. Согласно Европейской конвенции по правам человека, "любой человек имеет право на то, чтобы его дело было рассмотрено по справедливости, публично и в разумные сроки, *непредвзятым и независимым* судом, в соответствии с положениями закона..." (ст. 6-1). Во Франции профессионального судью можно считать чиновником, с оговоркой на выборность членов отдельных профессиональных судебных органов; в таких условиях "независимость судебной власти", гарантированная Президентом Республики, согласно ст. 64, абз.1 Конституции Франции, обеспечивается уставом магистратуры. Этот устав объединяет магистратов в единый специальный корпус, который непроницаем для других корпусов государственной службы; устав организует, под эгидой независимых консультативных организаций, процесс продвижения по службе магистратов, а для магистратов, образующих корпус служащих судебной системы, закрепляет принцип несменяемости членов судов; этот принцип запрещает перемещение судей без их согласия. Принцип независимости судей, провозглашаемый всеми режимами (например, ст. 112 Конституции СССР), часто оказывается иллюзией, однако во Франции независимость является реальностью, несмотря на споры ученых, иногда перерастающие в баталии, и несмотря на редкие случаи злоупотребления этой независимостью.

Но если судья и нуждается в гарантиях своей независимости, то это потому, что его основная функция сводится к решению спорных вопросов, вынесению судебных решений, непредвзятость которых связана со свободой автора, выносящего свои решения в соответствии с нормами равенства и юридической безопасности сторон. На этом ос-

нована специфичность юридических актов, с которой связаны важные последствия.

## Б • Судебные акты

292. Судебные акты облечены властью рассматриваемого дела и предполагают пути обжалования. В принципе они предполагают возможность освобождения суда от производства по делу, из которой они и исходят. Хотя речь идет о понятии утонченном и проблематичном, важно изыскать критерий его идентификации. Прежде всего следует заметить, что не все способы урегулирования споров относятся к юриспруденции и что, наоборот, суды часто занимаются актами, не относящимися к собственно судебной практике. Некоторые споры заканчиваются примирением сторон, мировым соглашением или примирением с участием посредников, а в административном праве — жалобой в орган, вынесший обжалуемое решение, или жалобой по инстанции: по различным причинам стороны могут решить закончить дело иным, отличным от чисто юридического, предложенного судом, способом. С другой стороны, административные и судебные органы часто занимаются деятельностью, не относящейся к юриспруденции. Судьи вынуждены принимать различные меры по обеспечению нормального функционирования службы правосудия, в том числе соответствующего нормам организации работы суда (запись очередности заседаний или организация работы отделов магистрата) или организации процессуальных аспектов судопроизводства (установление сроков судебных операций). Речь идет о "простых юридических административных актах", которые не являются судебными решениями и не допускают обжалования. *"Решения, принимаемые в рамках особого производства"* имеют более ярко выраженную двойственную природу: по существу, судья выносит вопрос о переводе дела в режим особого производства только при "отсутствии тяжбы" с самого

начала возникновения вопроса и до настоящего момента, а его вмешательство предполагает наличие иска, требуемого законом ввиду характера дела или качества истца (1). Несмотря на некоторое сходство, трудно приравнивать акты, принятые в рамках особого производства, к собственно судебным актам: ведущие принципы организации процесса отсутствуют при рассмотрении вопросов в рамках особого производства; следствия из судебных актов смягчаются или исключаются в актах особого производства. Решение о мирном разрешении спора (решение о помиловании) в конечном счете является смешанным — наполовину административным и наполовину судебным актом (2).

Зачастую юридическая деятельность суда состоит в том, чтобы разрешать спор, урегулирование которого предполагает сложный механизм действия, обеспечивающий защиту всех затронутых интересов и, по определению, противоречивых. С такой точки зрения, судья обладает двойной властью: властью (правом) говорить от имени права (*jurisdictio*) и объявлять то из конфликтующих притязаний, которое соответствует действующему праву, и властью (правом) распоряжаться об исполнении своего решения (*imperium*), в случае необходимости, силой государственной власти.

293. Этимологически словосочетание "судебный акт, или акт, относящийся к юрисдикции" означает акт, которым судья "выражает право". Однако простота такого определения часто только кажущаяся, в действительности очень трудно квалифицировать акты гражданских судей, судей по уголовным делам (карательных судей) и административных судей. Теоретически количество точек зрения в ходе дискуссий относительно понятия и критериев

(1) Art. 25 Nouveau C. Pr. Civ.; см. также J. L. Berel, *La juridiction gracieuse en droit français*; D. 1983 1153 et s. et *Juridiction gracieuse et matière contentieuse*, D. 1983 I 165 et s.

(2) H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé* (Ed. Sirey 1961), T. I, n° 484.

судебно-правового акта неисчерпаемо, как в сфере государственного права, так и частного.

Авторы примыкают, главным образом, к двум рядам критериев: формальные и материальные критерии. Если придерживаться *формальных критериев*, следует квалифицировать как относящиеся к судебной практике акты, исходящие из специализированных независимых судов, имеющих определенную иерархию (органический критерий) и которые применяют право, придерживаясь особых норм судопроизводства (процедурный критерий). Но этих критериев недостаточно, поскольку — особенно это касается административных судов — судебные органы осуществляют важную деятельность, не имеющую отношения к юрисдикции; например, это относится к консультативным органам правительства и к самим административным учреждениям; и наоборот, административные органы часто ведут юридическую деятельность. Следовательно, необходимо опираться на материальные критерии.

По мнению различных авторов, *материальные критерии* также разнообразны. Некоторые исследователи концентрируют внимание на идее спора; другие привязываются к структуре акта; третьи, наконец, к его целесообразности. Согласно критерию *целесообразности*, правовой акт характеризуется целью, которую преследует судья и которая заключается в том, чтобы следить за соблюдением юридического порядка, в то время как администратор, исходя из идеи общей пользы, стремится к нормальному функционированию государственных служб. Для другой части толкователей судебный акт наделен особой *структурой*, так как вслед за поступлением жалобы судья констатирует ее правомерность и путем принятия соответствующего решения извлекает из нее следствие. Некоторые авторы сводят критерий судебного акта к фазе констатации права. Эти критерии слишком расплывчаты, слишком заумны и слишком экстенсивны, чтобы считаться удовлетворительными. Более реалистичным будет такое определение судебного акта, когда он понимается как акт, наде-



ленный функцией прекращения *тяжбы*, в широком смысле, то есть функцией вынесения решений о конфликте между противоположными претензиями.

В то же время традиция толкования и современная юриспруденция имеют тенденцию к сочетанию различных формальных и материальных критериев.

**294.** Можно с уверенностью утверждать, что для административных юрисдикции более всего подходят формальные критерии, а для судебных юрисдикции — материальные критерии. Однако цель функционирования судебных органов, которые обязаны контролировать юридические ситуации, деятельность органов, из которых проистекают акты, процессуальные формы, которыми они наделены (1), — все это индикаторы, ни один из которых не может быть обойден вниманием. Некоторые акты действительно являются судебными — в материальном смысле, но не в формальном; это своего рода аннуляция какого-то акта кого-то из функционеров низшего звена функционером высшего звена в силу его незаконности; другие акты, такие, как судебные решения, предписывающие проведение следственных мероприятий, исходящие из юрисдикции, являются судебными с формальной точки зрения, но не являются таковыми в смысле материальном.

Следовательно, судебным можно считать тот акт, который вытекает из деятельности судебного органа, в соответствии с частными правилами процедуры, в целях проверки законности юридической ситуации (2). Еще проще можно в принципе показать, что "судебный акт — это акт, который, с одной стороны, проистекает из деятельности судебного органа, а с другой — прекращает тяжбу между двумя соперничающими сторонами" (3). Именно для такого типа актов и в плане регулирования тяжбы оправданы режим и специфические следствия судебных актов.

(1) J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure Civile*, n° 83.

(2) J. Vincent, G. Montagnier et A. Varinard; *La justice et ses institutions*, n° 854.

(3) R. Perrot, *Institutions judiciaires* (Ed. Montchrestien 1983), n° 568 et s.

Наконец, судебный акт должен быть мотивирован именно идеей тяжбы, и он не может появиться, если нет противоречий, он может быть видоизменен только за счет авторитета рассматриваемого в суде дела (1).

Следует отметить, что эти разные принципы возникают только в рамках судебных институтов, структурированных и организованных в соответствии с несколькими основными принципами.

## **§2 Основные принципы организации судебной системы**

**295.** За партикуляризмом различных правовых систем в отношении статуса судей, выбираемых в одних странах (СССР, Чехословакия, Югославия, Польша, в США в 40 штатах), проходящих службу в качестве чиновников, как во Франции, набираемых из среды адвокатов или юристов других специальностей, но также имеющих соответствующую официальную квалификацию (Великобритания, страны Британского Содружества, федеральные судьи и юрисдикции некоторых штатов США), скрывается стремление почти всех стран прийти через свои правовые организации к разумному консенсусу между, с одной стороны, непредвзятостью и техническими возможностями судей и, с другой стороны, срочностью, экономией и удобством процедуры для судящейся стороны. В этом плане каждый национальный юридический порядок устанавливает свою собственную точку равновесия, "обусловленную собственными историческими традициями, темпераментом народа, особой политической идеологией и ... требованиями бюджета" (2). Между тем во всех странах качество правосудия, ради которого выстраивается определенная система судебных органов, зависит от того, как здесь решаются три главные

(1) *Ibidem*.

(2) H. Rolland et L. Boyer, *op. cit.*, p. 33.

проблемы: компетенция судебных учреждений (А), их субординация и пути обжалования (Б), вопрос о составе суда — коллегиальном или единоличном (В).

#### **А • Компетенция юрисдикции (судебных учреждений разного уровня)**

**296.** Компетенция юрисдикции может определяться как широта возможности отправления правосудия, предоставленная данной юрисдикции. В действительности судебная функция распределена между многочисленными органами, и каждый из них может осуществлять эту функцию только в определенной области.

Компетенция юрисдикции зависит от двух параметров, соответствующих их функциональной и территориальной компетенции (а). В то же время функциональная, вмененная, компетенция судебных учреждений подчинена проблеме единства/двойственности судебных и административных юрисдикции (б) и проблеме правового контроля за конституционностью законов (с).

##### **а) Компетенция вмененная и компетенция территориальная**

**297.** "Вмененная компетенция" судебных учреждений определяет типы дел, которые они могут рассматривать — в зависимости от природы дела или предмета затронутых юридических отношений, в зависимости от принципиальности спора или от личных качеств сторон. В действительности различные юридические системы современности не наделяют всей совокупностью компетенций какой-то один орган, но имеют в своем составе на различных уровнях разные судебные и досудебные органы, между которыми и распределяются компетенции, с тем чтобы обеспечить надлежащую квалификацию судьи, его готовность заниматься данной тяжбой (1). Принцип "территориальной компетенции" определяет,

какой из судебных органов, расположенных на данной территории, должен рассматривать данное дело. Различные юридические системы закрепляют таким образом — на различных уровнях и с учетом географических особенностей или соображений юридической политики или структуры судебных учреждений — "географическое распределение дел одинакового типа между многочисленными конкретными судебными учреждениями одного и того же типа". В таком случае территориальное распределение дел зависит от связей, которые их соединяют с областью ответственности отдельных юрисдикции — в соответствии с местонахождением одной из сторон или предмета спора.

Таким образом, первый вопрос, который должен решить любой истец, есть вопрос о том, в какой судебный орган, обладающий одновременно функциональной и территориальной компетенцией, он должен направляться со своей документацией.

**298.** Во Франции, например, если речь идет о деле, относящемся к ведению суда большой инстанции, истец должен определить среди существующих трибуналов данной инстанции — а их всего 181 — тот, который компетентен рассмотреть его дело. Согласно общему правилу рассматривать данное дело компетентен тот суд, сфера ответственности которого распространяется на территорию, где проживает истец, за исключением дел с определенным составом, рассматривать которые должен трибунал той местности, где проживает ответчик.

Степень важности географического распределения судов варьируется в зависимости от их природы и ступени. Действующий принцип гласит, что по мере подъема по иерархической лестнице органов правосудия учреждений, сосредоточенных на каждом уровне, становится меньше, они приобретают все более концентрированный характер. Так, во Франции существует 470 судов малой инстанции, 181 суд большой инстанции, затем 37 судов второй инстанции, ведущих к кассационному суду — единственному на высшей ступени иерархии юрисдикции. В системе админист-

(1) H. Rolland et L. Boyer, *op. cit.*, pp. 35 et s.

ративных судов на 35 административных судов приходится 5 административных апелляционных судов и 24 региональные счетные палаты, а на высшем уровне существует единственная административная юрисдикция, Государственный совет, и единственная финансовая юрисдикция, которая, в свою очередь, подчинена кассационному контролю со стороны Государственного совета, — Счетный суд.

*Английская судебная система*, наоборот, характеризуется своей концентрацией в Лондоне, что отражает факт существования одной высшей юрисдикции, Верховного суда (Supreme Court of Judicature), исключительный контроль за действиями которой осуществляется со стороны Палаты лордов. Верховный суд Англии, который во всех случаях непосредственно сам может рассматривать любое дело, на практике передает дела на рассмотрение судам более низкой инстанции. И наоборот, Верховный суд может потребовать любое дело, которое рассматривается другим судом. Впрочем, если оставить в стороне принципиальную часть вопроса и обратиться к фактам, то окажется, что 90% гражданских дел рассматриваются судами графств, 95% крупных уголовных преступлений рассматриваются на уровне "magistrates' courts" или "crown courts", большая часть административных споров регулируется различными комиссиями. Полномочия по ведению дел "equity" передаются двум судам, расположенным в Durham и в Манчестере; по ведению дел "обычного права" — выездным провинциальным сессиям Верховного суда ("Queen's bench division" или "family division" Верховного суда); по ведению бракоразводных дел — постоянно действующим комиссиям в 53 городах, хотя официально данные функции сохраняются за Верховным судом.

В США, где система органов правосудия строится по институциональному принципу, судебная организация подчинена принципу разграничения федеральных юрисдикции и юрисдикции штатов. В то же время среди федеральных судов, на нижнем уровне, выделяется около ста окружных судов, при этом существует 11 апелляционных судов США (U. S. Circuit Courts of Appeals). Следует от-

метить, что полномочия по проведению судебных заседаний передаются в окружные подразделения и в суды основных городов соответствующих территорий (1).

299. В плане функциональной компетенции распределение между различными юрисдикциями разных категорий дел, подлежащих рассмотрению, основывается на принципе разграничения *юрисдикции общего права* и юрисдикции *особой подсудности* (исключительных юрисдикции). Первые из названных юрисдикции имеют общие компетенции, которых достаточно для того, чтобы заниматься любой тяжбой, которая, в силу особого закона, не относится к ведению исключительной юрисдикции: их компетенция определяется остаточным принципом. Зато юрисдикции особой подсудности обладают ограничительной компетенцией, которая им передается на основании специального акта, нарушающего общую компетенцию юрисдикции общего права как в отношении природы тяжбы, так и в отношении качества сторон.

Согласно устройству судебной системы Франции, суд большой инстанции является судебным органом общего права, в то время как торговые суды, консультативные советы, паритетные суды по делам аренды сельскохозяйственных угодий... являются юрисдикциями особой подсудности. В системе административных судов наряду с юрисдикциями общего права, каковыми являются административные трибуналы, имеются различные юрисдикции особой подсудности такие, как Государственный совет, региональные счетные палаты, суд, контролирующий исполнение бюджета, дисциплинарные палаты профессиональных сословий... Однако разнообразие юрисдикции и их материальных компетенций существует практически только на уровне юрисдикции первой ступени. В верхних эшелонах иерархической лестницы, т. е. на уровне апелляционных судов, кассационных судов и административных юрисдикции Госу-

(1) R. David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 8<sup>e</sup> éd. Par C. Jauffret-Spinosi, n° 390.

дарственного совета, восстанавливается органичное единство, с оговоркой на некоторое внутреннее разделение.

В других странах встречаются аналогичные явления. В Англии также существует большое разнообразие судов первой инстанции, имеющих особые компетенции: "County courts" наделены очень широкими функциями; по уголовным делам чаще всего выносят решения "Magistrates' courts" и "Crown courts". Для рассмотрения административных дел существуют различные органы: "Boards", "Commissions" или "tribunals". Но только судьи "Supreme court of judicature" и Палаты лордов являются подлинными представителями судебной власти и только Верховный суд полномочен принимать решения по всем делам. Впрочем, Верховный суд является апелляционным органом для судов низших инстанций и для органов, рассматривающих административные дела. В США, помимо федеральных судов общего права, существуют специальные федеральные суды, имеющие юрисдикцию по особым делам; в то же время их решения могут быть обжалованы в порядке апелляции в федеральных судах общего права. Что касается судебных органов штатов, организация которых имеет разнообразные формы, они включают в себя верховные суды или суды, аналогичные по функциям верховным, а также специальные суды.

**300.** Порядок распределения дел, основанный на правилах, определяющих родовую подсудность судебных органов, не всегда в полной мере учитывает многообразие различных аспектов одного и того же дела, которые могут стать причиной передачи этого дела двум разным судьям. Такие сложные случаи чаще всего регулируются за счет "полноты юрисдикции" судов, которая дает им полномочия, необходимые для вынесения решения по делам, обычно не входящим в юрисдикцию данных судов; это позволяет, например, судье по уголовным делам самостоятельно оценить законность какого-либо регламентирующего акта, если последний определяет применение соответствующего на-

казания. Но следует отметить, что только судебные инстанции общего права могут обладать полнотой юрисдикции, так как юрисдикция специальных судов ограничена. Необходимо также, чтобы они не сталкивались с эксклюзивной компетенцией другого судьи, которая их обязывает, при наличии преюдициального вопроса, откладывать вынесение решения по делу до того момента, пока такой судья не разрешит данный вопрос. Впрочем, чаще всего эта проблема возникает в отношениях между гражданскими и административными судами.

#### **б) Единство и двойственность судебной системы: общегражданские и административные суды**

**301.** В законодательстве Англии и некоторых других государств, находящихся под его влиянием, не существует различия между публичным и частным правом. В рамках этих законодательств за судьей признается право осуществлять контроль по любому иску независимо от того, кто нарушил закон: частное лицо или администрация. Несмотря на многочисленные административные комиссии низшего уровня, в Англии не существует иерархии административных судов, отличной от иерархии обычных судов, ни специальных судов высшей инстанции для решения административных конфликтов. Законодательными системами многих романо-германских стран не предусмотрены административные суды; так обстоят дела в Дании, Норвегии, Бразилии, Мексике и Венесуэле. В других странах, таких, как Испания, Швейцария, Куба, и многих франкоязычных странах Африки административные дела рассматриваются в специальных палатах Верховного суда как суда последней инстанции. В то же время законодательные системы таких европейских стран, как Германия, Бельгия, Франция, Италия, Швеция, Финляндия, а также южноамериканских государств включают специальную иерархию административной юстиции.

Во Франции, где исходят из "сакрального" принципа разделения властей, создана административная юстиция и

судебная система разделяется на общегражданскую и административную. Закон от 16—24 августа 1790 г. запретил судьям вмешиваться в дела государственной администрации и вызывать в суд представителей государственного аппарата по вопросам, связанным с их должностными действиями. Это привело к освобождению общих судов от рассмотрения административных дел и постепенному созданию сначала консультативных советов для контроля за деятельностью органов управления, а затем и судебных органов по административным спорам, которые в настоящее время независимы от аппарата управления. Автономный статус административной юстиции, административных трибуналов и Государственного совета способствовал выделению административного права (изначально преторианского по духу) в самостоятельную отрасль, так что другие юридические органы применяют основные нормы административного права. Но различие компетенций общегражданских и административных судов сглаживается, если суды по административным делам применяют нормы общегражданского права в случаях, когда нормы административного права не могут быть применены, и, наоборот, обычные трибуналы применяют нормы административного права. Трибунал по конфликтам решает вопросы о подсудности какой-то из двух судебных юрисдикции, а также выносит решения по существу дела в случае противоречащих друг другу судебных решений, вынесенных по одному и тому же делу общегражданским и административным судами.

#### **в) Контроль за конституционностью законов**

**302.** Контроль за конституционностью законов, если отдавать приоритет гарантиям прав человека, является только одним аспектом юрисдикционного контроля за законностью решений по конфликтным юридическим ситуациям. А если делать акцент на юридических гарантиях закона, то, чтобы не допустить положения, при котором действительность законов могла бы в течение длительного вре-

мени ставиться под сомнение, следует разделить функции контроля за соответствием законов нормам Конституции и функции разрешения споров и конфликтов, передав их на некоторое время под юрисдикцию специальных органов, либо вообще обходиться без какого-либо контроля за конституционностью.

В Советском Союзе не существует никакого контроля за конституционностью законов. Во Франции из-за враждебного отношения революционно настроенных законодателей к судебным чиновникам и их страха перед любым риском попасть под власть судей, а также из-за неприкосновенности закона, унаследованного от "общественного договора" Руссо и перенесенного в ст. 6 Декларации прав человека 1789 г., позитивное классическое право отменило любой контроль со стороны судов за конституционностью законов.

Напротив, американское законодательство является привилегированной областью юрисдикционного контроля за конституционностью, так как в США не только Верховный суд, но и все суды могут контролировать соответствие закона букве и даже духу Конституции. Любой истец может во время процесса поднять вопрос о незаконности какого-либо текста (документа). Хотя закон, признанный неконституционным, не будет аннулирован, а только отклонен для использования в данном процессе, заявление о неконституционности закона, вынесенное авторитетной судебной инстанцией, будет иметь на основании правила прецедента воздействие не только на последующие судебные решения, но и на самого законодателя, который должен будет откорректировать данный закон. Кроме того, любое судебное решение, признанное противоречащим нормам, предписанным Конституцией США, может быть аннулировано (1).

(1) H.J. Abraham, "The judicial process", 5<sup>e</sup> Ed. Oxford University Press, 1986; R. Pizzorusso, "Law in the making", Ed. Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, New York..., 1988, p. 159 et s.; C Cadoux, "Droit constitutionnel et institutions politiques", T. I 2<sup>e</sup> Ed. Cujas, Paris 1980, p. 140 et. s.

Контроль за конституционностью может принимать самые разнообразные формы. Осуществление контроля может быть поручено какому-либо правительственному органу, профессиональным судьям или смешанному органу, имеющему разнородный состав, как, например, в современной Франции. Такой контроль может быть осуществлен путем возбуждения дела в судебном порядке по заявлению частных лиц или только лиц, наделенных соответствующей правосубъектностью, по заявлению органов или определенных групп, в ограниченные или неограниченные сроки... Таким образом, "европейская модель конституционного правосудия" может рассматриваться как противоположная американской системе (1).

Но в таких странах, как, например, Италия, Германия, существуют промежуточные системы контроля конституционности специальными юридическими органами. Во Франции именно этой модели последовала Конституция 1958 г., которая закрепила законодательные полномочия за исполнительной властью в ущерб парламенту. По этой Конституции был создан специальный орган — Конституционный совет, который по собственной инициативе или по запросу авторитетных органов осуществляет контроль за конституционностью законов до их провозглашения, не превышая, впрочем, своих полномочий, то есть не принимая на себя функций судебной власти. Он не выступает в качестве Верховного суда и не является высшим судебным органом. Компетенция Конституционного совета, изначально призванная обеспечивать контроль за конституционностью закона в ограниченных рамках, в настоящее время значительно расширилась. Конституционный совет выполняет теперь и политическую функцию, которая дополнила его функцию судебного органа. Совет не только аннулирует неконституционные акты, но и защищает одни толкования закона или исключает возможность дру-

гих толкований, чтобы гарантировать соответствие смысла ряда законов, редактировать которые он воздерживается, Конституции. Однако на практике общегражданские и административные судебные органы не всегда придерживаются этих директив.

## **Б • Иерархия юрисдикции и пути обжалования**

**303.** Идея иерархии может показаться неожиданной в условиях судебной системы, где независимость судей является условием хорошего качества правосудия. Но иерархия имеет здесь особый смысл: не влияя на свободу принятия решений, которые не могут быть всегда непогрешимы, она позволяет истцу обратиться в вышестоящую судебную инстанцию с просьбой о пересмотре дела. Следовательно, такая система является гарантией хорошего качества правосудия, позволяя судье высшей инстанции, имеющему больший опыт, авторитет и более компетентному, корректировать возможные ошибки судей низшей инстанции.

Признание права обжаловать решения суда перед высшей инстанцией существовало еще при королевском режиме как политическое средство, как навязанное всем право короля вершить суд. Это явление не новое, оно свойственно не только Франции. Во всех правовых системах романо-германских стран судебная система организована по принципу иерархии и включает в себя суды первой инстанции, распространенные по всей территории страны, апелляционные суды, существующие в меньшем, чем первые, количестве, и, наконец, суд (даже два) высшей инстанции, роль которого сводится к тому, чтобы рассматривать дело в порядке апелляции, вышней апелляции или кассации, которая в разных странах имеет свою структуру. Иерархия судов в СССР более сложная] она включает в себя четыре уровня (ступени). Первый уровень составляют народные суды, затем областные, верховные суды республик и, наконец, Верховный суд СССР. В зависимости от характера конкретного дела оно

(1) L Favoreu, "Les cours constitutionnelles", Ed. P.U.F., Coll. "Que sais-je?" Paris, 1986.

может подаваться на рассмотрение в суды первого или сразу второго уровня, а решения по такому делу могут быть обжалованы в судах высшей инстанции. Но сохраняется возможность пересмотра решения в пределах каждой из этих инстанций. Следует отметить, что обжалование судебных решений возможно только в случае нарушения законов, а вопросы по существу дела рассматриваются только судами первой инстанции. Наконец, советское право закрепляет две возможности пересмотра судебных решений судами высшей инстанции: если пересмотр дела в порядке кассации открыт для обеих сторон процесса и жалоба должна быть подана в короткие сроки и только против решения судов первой инстанции, то для представителей верховной власти, например, прокуратуры или председателей областных и верховных судов, возможна подача ревизионной жалобы. Правовые системы англосаксонских стран также имеют иерархическую систему судов, в США — двухступенчатую систему, на уровне штата и федеральном. В Англии "Supreme Court of Judicature" состоит из "High Court of Justice" (на первой ступени) и "Court of appeal" (на второй ступени), который рассматривает дела после вынесения решения судами низшей инстанции и административных комиссий. Решения "Court of appeal" в исключительных обстоятельствах могут стать предметом пересмотра в Палате лордов, высшей юрисдикции не только Англии, но и всей Великобритании, которая имеет также право на пересмотр судебных решений верховных судов государств Британского Содружества. Итак, существует ряд принципов, общих для судебных систем различных стран.

304. Французская система во многом соответствует этим принципам, но имеет существенные особенности. Прежде всего, она имеет двойную иерархию судов, обусловленную принципом разделения судов на гражданские и административные. Высшей судебной инстанцией по отношению к гражданским судам является кассационный суд, а по отношению к административным судам — Государственный

совет. Государственный совет может непосредственно рассматривать судебные дела, разрешать споры в качестве апелляционной инстанции, а также выполнять роль кассационной инстанции.

Принцип "двухступенчатой" юрисдикции выражается конкретно в том, что есть возможность обжаловать решения суда в апелляционном порядке. Но этот принцип не имеет равной силы для всей массы дел. Очень важный при рассмотрении гражданских дел, где он редко отклоняется из-за незначительной суммы иска, данный принцип чаще исключается при рассмотрении уголовных дел, где решение суда присяжных нельзя обжаловать в порядке апелляции из-за суверенности суда народных заседателей и где некоторые решения полицейских судов выносятся в последней инстанции. Этот принцип постепенно исчезает из дел по административным нарушениям, где Государственный совет, вынося решения как суд первой инстанции, утверждает его как суд последней инстанции и где существуют специальные суды, что не оставляет возможности обжаловать их решения в порядке апелляции.

Наконец, механизм кассационного обжалования, суть которого сводится к контролю со стороны кассационного суда за тем, правильно ли применен закон по данному делу, не является третьей ступенью судебной системы, так как Верховный суд проверяет только применение материальных и процессуальных норм, но не рассматривает существо дела. Кассационный суд может либо вынести постановление об отклонении жалобы, либо о кассации решения суда в случае установленного нарушения правовых норм и направить дело в соответствующую судебную инстанцию (того же уровня и того же характера, что и та, где было принято оспариваемое судебное решение). Такой механизм кассации с направлением дела для пересмотра (чего нет в некоторых правовых системах, в частности, в Англии) может быть упрощен; для этого закон, не подвергаясь риску и для большего удобства, должен допускать кассацию без отправления дела для пере-

смотра, а кассационный суд должен превратиться исключительно в суд третьей инстанции.

Иерархия судебной системы связана, таким образом, с основными формами обжалования судебных решений в действующем праве. Вместе с тем необходимо отметить, что существуют другие формы обжалования, которые, действуя в строго ограниченных рамках, приводят к пересмотру дела той же судебной инстанцией, которая вынесла оспариваемое решение (опротестование приговора, возражение третьего лица, ревизионная жалоба), а не вышестоящей судебной инстанцией. Следует также отметить, что только "обычные пути обжалования" влекут за собой отсрочку исполнения судебного решения и представляют, таким образом, все гарантии для нового судебного рассмотрения.

## **В • Коллеклиальность или единоличные судьи**

**305.** По высказыванию Перельмана, "недостаточно внешней беспристрастности решения, необходимо, чтобы оно соответствовало действующему законодательству и было приемлемо как таковое для тех, кто его будет рассматривать. Именно на этот последний аспект оказывает благоприятное воздействие коллеклиальный характер трибуналов, в которых рассматриваются самые серьезные правонарушения как по уголовным, так и по гражданским делам: решение должно выноситься не на основе позиции одного судьи, а единогласно или большинством голосов (1). Коллеклиальность обычно представляется как лучшая гарантия правильности вынесения решения, принятого после обсуждения судьями, непредвзятого, так как не принимаются во внимание возможные прецеденты, и независимого, благодаря свободе принятия решения вследствие анонимности. Однако под влиянием опыта англосаксонских стран идея принятия судебного решения одним судьей имеет своих сторонников, которые считают, что

судьи, принимающие решения анонимно, утрачивают чувство ответственности, а трибунал с единоличным судьей, наоборот, развивает это чувство и побуждает магистрат к принятию взвешенного решения. Более того, во всех странах наблюдается значительное увеличение количества дел, принятых к рассмотрению, и, как следствие, перегрузка судов, что ведет к сокращению коллеклиальных трибуналов.

Однако всякая категоричность в этом вопросе опасна. Судья имеет разные функции: коллеклиальность является гарантией судебной деятельности; единообразие способствует эффективной работе судов, если речь идет о принятии срочных мер, об установлении опеки или о последовательности процедуры. Выбор между принципами коллеклиальности и единоличного принятия решений связан с системой пополнения кадров, так как от судьи, принимающего решения единолично, требуется большой опыт и высокий уровень образования. Следует также принимать во внимание склад характера населения: если проявляется уважение к власти и суду, сдержанность, то предпочтительным оказывается единоличный судья. Наконец, все зависит от уровня судебной инстанции и формы коллеклиальности.

Даже в таких странах, как Англия и Канада, традиционно связанных с трибуналами с единоличным судьей, данная система используется в судах первой инстанции. Сторонники трибуналов с единоличным судьей признают, что коллеклиальность необходима на уровне судов высшей инстанции, которые пересматривают решения судов малой инстанции: "Обсуждение вызывает столкновение точек зрения, следовательно, плюрализм мнений" (1).

Наконец, коллеклиальность может приобретать разные формы, достоинства которых варьируются в зависимости от характера тяжбы. Речь может идти об однородных судебных инстанциях, состоящих исключительно из профессиональных магист-

(1) Ch. Perelman, *op. cit.*, n° 87.

(i) H. Rolland et L. Boyer, *op. cit.*, pp. 40 et. s.; V° aussi R. Perrot, *op. cit.*, n° 267 et s.



ратов; во Франции, например, именно так обстоит дело на уровне всех общегражданских и административных судов общего права. Это может быть также однородная судебная инстанция, состоящая в том числе из внештатных судей или образованная на базе института "эшевенов", то есть одновременно из кадровых магистратов и внештатных судей, имеющих одинаковые полномочия и полноправно участвующих в принятии судебных решений. Наконец, возможны суды, состоящие из двух категорий судей, отличных друг от друга, которые наделены разными полномочиями: с одной стороны, профессиональные судьи, с другой — считающиеся непрофессионалами (внештатные), рассматривающие только деяния, а не право.

Следует отличать подлинную коллегиальность от простого плюрализма мнений судей, как в английской правовой системе. Там каждый высказывает свое мнение или открыто демонстрирует свое особое мнение, а не присоединяется к коллегиально принятому решению.

306. Во французской правовой системе, несмотря на то, что коллегиальность имеет здесь принципиальное значение, в условиях, когда постоянно возрастает масса дел, количество коллегиальных судов уменьшается. Но, как и в других странах, трибуналы с единоличным судьей рассматривают дела по первой инстанции. Впрочем, единоличный судья занимает там разные должности. Единоличный судья — исключительное явление в административной юстиции, а по уголовным делам, которые находятся в компетенции следственного судьи, и в полицейском суде это обычное явление, которое имеет тенденцию к развитию. Еще более заметна эта тенденция в гражданском судопроизводстве: наряду с трибуналом низшей инстанции с единоличным судьей появляются новые единоличные судьи специальных судов; трибуналы большой инстанции могут теперь, за исключением некоторых дел или в случае разногласия сторон, выносить решения единоличным судьей.

Что касается организации судебной системы, вмешательство современных законодателей часто определяется простым соображением экономии средств.

## 2

### раздел

307

Следует сократить судебные издержки и ускорить отправление процесса, чтобы сделать правосудие более доступным, сгладить нынешнюю нелюбовь тяжущихся сторон к судебному процессу, сделать эффективными судебные санкции (1). Если в отношении предоставления судебных бесплатных услуг и имели место заметные сдвиги, то проблема перегруженности судов сохраняется. Однако невозможно ускорить процедуру без риска снижения качества правосудия. Впрочем, существуют различные решения этой проблемы, и они варьируются во времени и в пространстве в зависимости от исповедуемой концепции функций судебных органов. "Судебный процесс расположен на перекрестке государственного и частного права. Для сторон процесс выступает инструментом удовлетворения частного права, но для государства — это форма осуществления права" (2). Все зависит от того, на чем делается акцент: на удовлетворении интересов сторон в духе индивидуалистской и либеральной концепции или на суверенитете права и правосудия (более объективная концепция права). Выбранное направление определяет одновременно характер процесса (§1) и основные принципы, которые им управляют (§2).

### §1 Общие черты процесса

308. Если допустить, что процесс имеет целью разрешить спор между сторонами, тогда судья — это простой

## ПРОЦЕСС

арбитр, и процесс — это только дело сторон. Но если рассматривать процесс как механизм справедливого и полезного для общества применения норм действующего права, тогда судья должен иметь широкие компетенции. Соответствующая степень свободы сторон и судей меняется, таким образом, в зависимости от того, является ли процедура обвинительной или инквизиционной.

*Обвинительная процедура* основывается на том, что стороны имеют решающую роль в начале и по мере развития процесса, а также в сборе доказательств. Роль судьи не выходит за пределы пассивной роли арбитра, сохраняющего нейтралитет, следящего за соблюдением правил игры и разрешающего спор, выносящего при этом свое решение по жалобе одной из сторон. Обвинительная процедура, известная со времен примитивных обществ, соответствует принципу доступности процесса, согласно которому стороны, как распорядители процесса, вольны начать процесс и прекращать его, определять предмет спора, обозначать его ритм. В принципе такая процедура соответствует устной публичной процедуре, основанной на принципе состязательности.

*Инквизиционная процедура* — в ее основе такой порядок, когда судья руководит расследованием и сбором доказательств, а также руководит ходом процесса с целью выяснения истины даже вопреки воле сторон. Данная процедура соответствует принципу недоступности процесса, который не оставляет за сторонами права на прекращение процесса и предпочитает письменную, тайную форму судопроизводства, когда исключается состязательность и когда судья рассматривает доказательства, согласуясь со своими личными убеждениями.

Каждая из этих систем обладает одновременно и преимуществами, и недостатками. Не следует ставить вопрос о принятии либо одной, либо другой процедуры. В разные периоды истории можно отметить лишь относительное пре-

обладание обвинительной или инквизиционной процедуры в той или иной стране. Изменения процессуального права выражаются скорее в нюансах, а не в контрастах. Но даже в современном французском судопроизводстве выбирают оптимальное решение для каждого конкретного случая.

309. *Административная процедура* носит ярко выраженный инквизиционный характер. Спорный вопрос, затрагивающий администрацию, касается государственной службы. Существует неравноправие сторон, истец часто бывает слаб перед сильной администрацией, которая владеет и документами, и доказательствами. Судья должен иметь достаточно полномочий, чтобы восстановить равновесие сторон. Он тогда выступает главным лицом процесса с момента подачи жалобы и имеет, в интересах справедливого решения по делу, широкие права на инициативу и применение мер принуждения. Но администрация подчиняется принципу доступности процесса, поскольку истец, имеющий свободный выбор — подавать или не подавать жалобу, может так же свободно отказаться от обвинения или уступить. Кроме того, такая процедура проходит обязательно с участием сторон.

*Уголовная процедура* также носит смешанный характер. Стадия расследования явно инквизиционная. Если инициатива судебного преследования принадлежит прокуратуре, то сразу после того, как возбуждается уголовное дело, она прекращает в нем участвовать. Следственный судья начинает расследование, собирает улики и доказательства. Судопроизводство ведется в письменном виде, в большинстве случаев носит закрытый характер, но чтобы гарантировать свободы, постоянно расширяются права защиты, главная задача которой — корректировать инквизиционный характер процедуры, что требует защиты социального порядка. Обвинительная процедура имеет место в стадии слушания дела, которая протекает с участием сторон, в устной

форме и публично, что сближает уголовное судопроизводство Франции с англосаксонскими аналогами.

Что касается гражданского судопроизводства, обычно обвинительного, следующего либеральной традиции наполеоновских кодексов, в силу частного характера и теоретически равных условий сторон оно постепенно склоняется в направлении инквизиционного. Негативный опыт злоупотребления правилами процесса со стороны жалобщика и, как следствие, различные искусственные откладывания дел, призывы к расширению полномочий судей, пример правовых систем зарубежных стран привели к постепенному отказу от обвинительной процедуры. Такая тенденция, толчок для развития которой был дан с принятием указа от 30 октября 1935 г., закрепленная в 1965 г., когда появилась фигура судьи-докладчика, окончательно оформилась в новом кодексе гражданского судопроизводства, который был принят в 1975 г. Если инициатива, определение границ и прекращение процесса остаются прерогативой сторон, то ведение процедуры им больше не принадлежит, и судья располагает теперь более обширными полномочиями в отношении предоставления доказательств. Тем не менее процедура остается в целом обвинительной. Она лишь в немногочисленных случаях стала инквизиционной и остается верной принципам участия сторон, публичности, устной форме судопроизводства.

## **§2 Общие принципы процесса**

**310.** Как сказано в ст. 1 нового кодекса, "Только стороны могут начать процесс, исключая случаи, определенные законом". Стороны, истец в гражданском деле, прокурор в уголовном процессе, подчиненный в административном конфликте могут подать исковое требование, а также имеют право отозвать его, за исключением некоторых сфер (а именно уголовного судопроизводства), затрагивающих ин-

тересы государственного строя. Рамки процесса определяются, как только стороны обратились в судебную инстанцию. Чтобы гарантировать законность судебного разбирательства, принцип неукоснительного соблюдения всех формальностей тяжбы определяет практику оформления исковых требований. Соблюдение этого принципа вменяется сторонам и судье, который не может изменить ни предмет, ни законные основания иска, не может вынести постановления *"infra"* или *"ultra petita"*. Этот принцип имеет широкое применение и касается всех исковых заявлений. Закрепленный ст. 4 нового кодекса гражданского судопроизводства и ст. 80 кодекса уголовного судопроизводства, этот принцип наиболее последовательно соблюдается только в административном судопроизводстве: "Чем дальше развивается процесс, тем неподвижнее он становится" (1). Это правило имеет целью избежать апелляционных исков, за исключением предусмотренных законом случаев, а также кассационных жалоб. Оно не препятствует подаче встречных исков в суды общегражданской юрисдикции, дополнительных исков или исков третьих лиц, так как это взаимные иски сторон, а не исковые заявления, по которым начат процесс. Лояльность процесса гарантируется принципом участия обеих сторон (принципом состязательности) (А) и установленным порядком судопроизводства (Б).

### **А • Принцип состязательности**

**311.** Принятый во всех правовых системах западных стран принцип состязательности, на который ссылались еще Сенека и Аристотель, связан с самим понятием правосудия, когда истина выясняется в присутствии и при участии двух сторон. Он имеет первостепенное значение. Ему посвящен особый раздел в предисловии нового Гражданского кодекса среди основополагающих принципов процесса,

(1) Ch. Debbasch, *Contentieux administratif*, n° 378.

где он рассматривается как основополагающий, ведущий принцип права. Этот принцип гласит, что ни одна из сторон не может быть осуждена без того, чтобы быть выслушанной или вызванной в суд (ст. 14 нового кодекса). Это означает, что каждая из заинтересованных сторон может обсуждать, опровергать претензии, доводы, аргументы и детали доказательств, которые выдвинуты против нее. Этот принцип имеет отношение к сторонам процесса, но также и к судье, который должен в любых обстоятельствах следить сам за соблюдением принципа состязательности и призывать других к его соблюдению (ст. 16 нового кодекса). Судья не может собирать, записывать по долгу службы какие-либо доводы, даже относящиеся только к праву, не пригласив предварительно обе стороны, чтобы они могли представить свои замечания. Этот принцип предполагает, что противная сторона всегда будет информирована о любой процедуре, направленной против нее, что ей будут сообщены сроки явки в суд, что все приведенные доводы и все детали доказательств станут предметом обсуждения с тем, чтобы каждая из сторон смогла организовать свою защиту.

Этот принцип соблюдается во всех судебных процедурах, присутствует во всех гражданских, уголовных, административных и дисциплинарных судах. Очевидно, что в уголовном судопроизводстве он приобретает наибольшее значение, в связи с затрагиваемыми интересами и необходимостью соблюдения личных свобод, которые охраняются правом на защиту.

Однако сам этот принцип гарантируется другими принципами, относящимися к формам процесса.

## **Б • Принципы, касающиеся процедурных форм**

**312.** Процедура, хотя и зависит от характера рассматриваемого дела, всегда подчиняется определенному набору *формальностей*, имеющих цель обеспечить юридические гарантии сторон. Принцип *публичности* и *устной фор-*

*мы процесса*, хотя и не является основополагающим и имеет ограниченное применение, содействует обеспечению справедливости процесса.

О *процессуальном формализме* часто говорят с пренебрежительным оттенком. Однако он, при условии правильной дозировки, является гарантией качественного правосудия и оплотом прав защиты против самоуправства судей. Форма нормативных актов и ссылки на них позволяют другой стороне откорректировать свою защиту. Официальные уведомления позволяют избежать неожиданных мер. Определение сроков защищает интересы сторон и стимулирует действия судебной инстанции. Если формализм и был когда-то чрезмерным, то в наше время он утратил свой неукоснительный характер. Формальности должны быть сохранены в пределах, обеспечивающих гарантии сторон в гражданском процессе. Реформы были направлены на устранение ненужных формальностей и этим самым были призваны смягчить санкции за их несоблюдение. Несоблюдения формы документов не влекут больше за собой их аннулирование, за исключением тех случаев, когда неправильное оформление наказывается по закону, либо это сказывается на более существенных формальностях, например, связанных с сохранением государственного строя, либо когда установлено, что несоблюдение формальностей нанесло кому-то ущерб. В дальнейшем можно устранить ошибки в документах, оформленных с нарушениями. Уголовная процедура теперь подчиняется правилу: "рассматривается только то, что повлекло ущерб". Наконец, процедура содержит меньше формальностей при рассмотрении дел административным судом. Административное судопроизводство допускает в отношении второстепенных формальностей приведение в норму отклонений. Кроме того, следует отметить стремление к международной унификации. Французское гражданское судопроизводство следует за международными соглашениями, такими, как Гаагская конвенция, в части, которые затрагивают вопросы официальных уведомлений и извещений о судебном реше-

ний, а также за Брюссельским соглашением, определяющим полномочия соответствующих юрисдикции и последствия решений, принимаемых на уровне стран общего рынка.

Когда-то в Древнем Риме правосудие вершилось в форуме, и с тех пор публичность — обязательный его принцип, так как скрытость процесса бросала бы тень на его беспристрастность. Таким образом, *публичность правосудия* всегда рассматривается как основной принцип, узаконенный в Декларации прав человека и Европейским советом по правам человека. Эпохи и страны, где этот принцип не соблюдался, — это темные пятна в истории судебной системы (правосудия).

Тем не менее этот принцип не может быть применен в одинаковой мере на всех этапах процесса. На стадии следствия он обычно не является необходимым либо, при рассмотрении уголовных дел, препятствует установлению истины, хотя в настоящее время принцип тайны следствия пересматривается. На стадии обсуждения перед принятием судебного решения публичность повредила бы объективности. Зато публичность дебатов в суде представляется необходимой, для того чтобы гарантировать их лояльность, так как присутствие публики свидетельствует о соблюдении форм, беспристрастности судьи и соблюдении порядка дебатов. Публичность судебного заседания составляет главный принцип права (1). Наконец, чтобы обрести юридическую силу, решения судей по тяжбе должны быть зачитаны на публике, в ходе открытого заседания, даже когда дебаты проходят в закрытой форме. Публичность дебатов, которая необходима в принципе в каждом судопроизводстве, содержит, однако, некоторые отступления от правил в тех случаях, когда есть риск произвести скандал или когда должны соблюдаться тайны личной жизни человека.

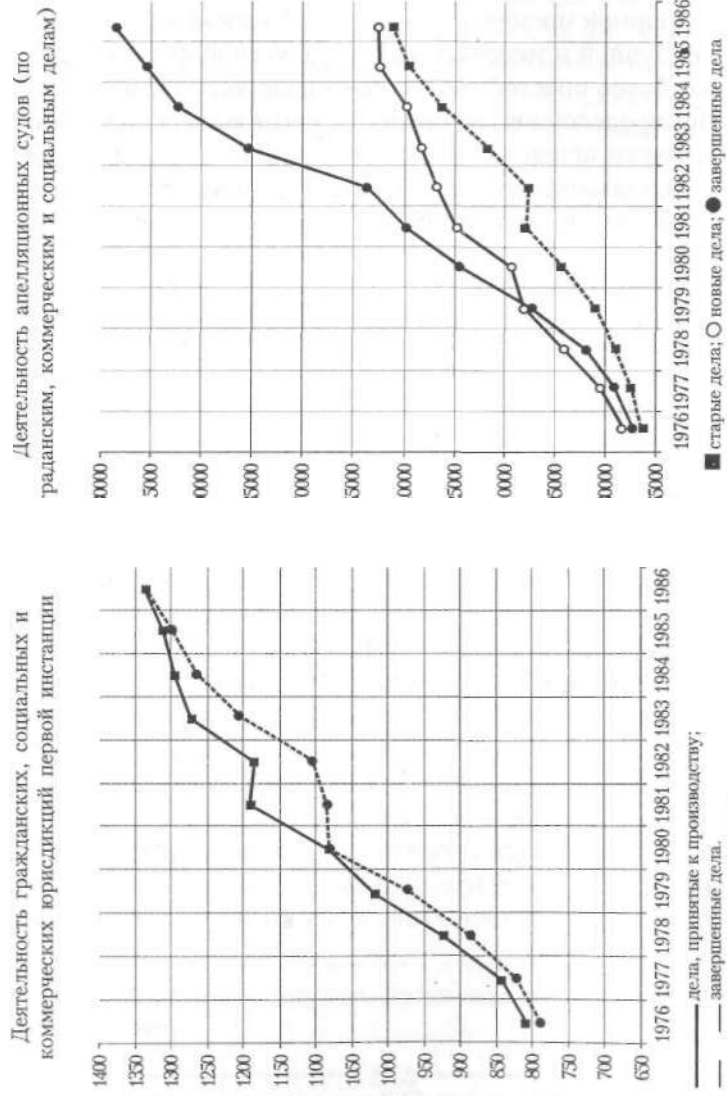
(1) C. E. 12 octobre 1979, *Rass. des nouveaux avocats de France* D. 1979, 606, note Bénabent.

Публичность правосудия порождает новые проблемы, вызванные современным развитием техники.

Принцип *устной формы* процедуры дискутируется еще более активно. Сделать окончательный выбор между письменной формой процедуры, бюрократической и безликой, но более точной и менее случайной, и устной формой процедуры, более простой, более непосредственной, но часто более неопределенной, не представляется возможным. Обе формы имеют право на существование и должны сочетаться. Их использование будет зависеть от предмета тяжбы, характера суда и полномочий судьи.

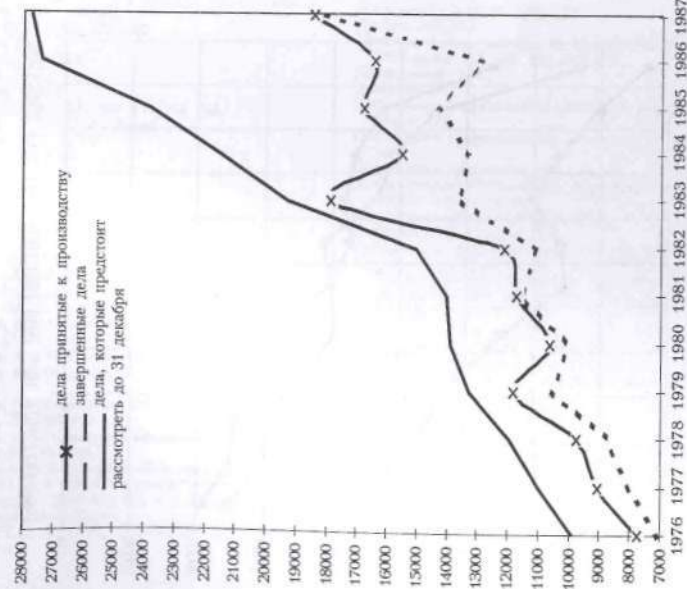
## Иллюстрация

Современная динамика роста массы судебных дел во Франции



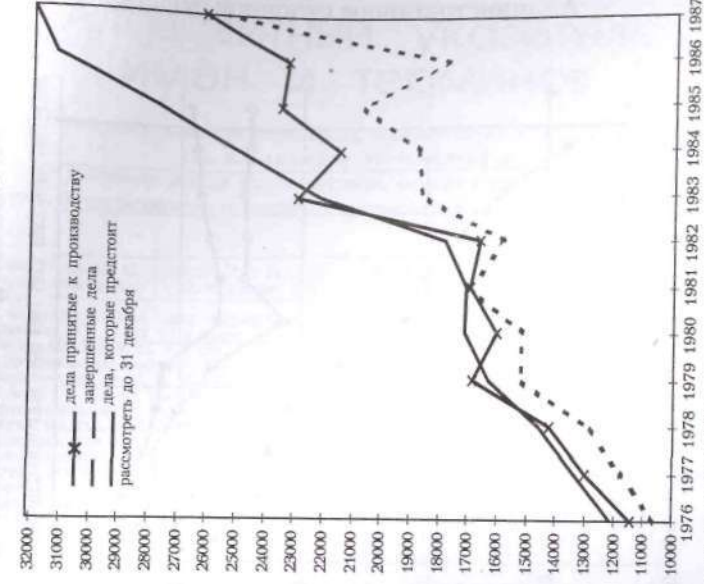
На основании ежегодного статистического отчёта Минюста, Ed. 1988, p. 61

Деятельность палат по гражданским, коммерческим, социальным делам кассационного суда



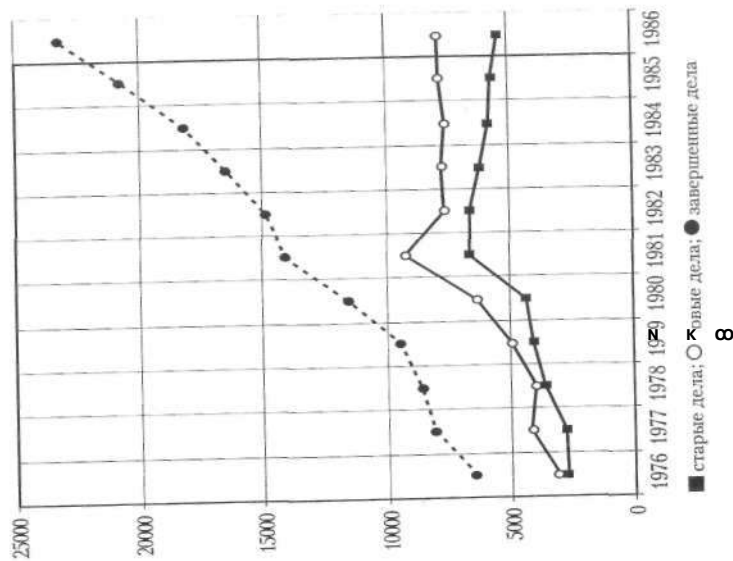
На основании доклада кассационного суда за 1988 г.

Деятельность кассационного суда в целом

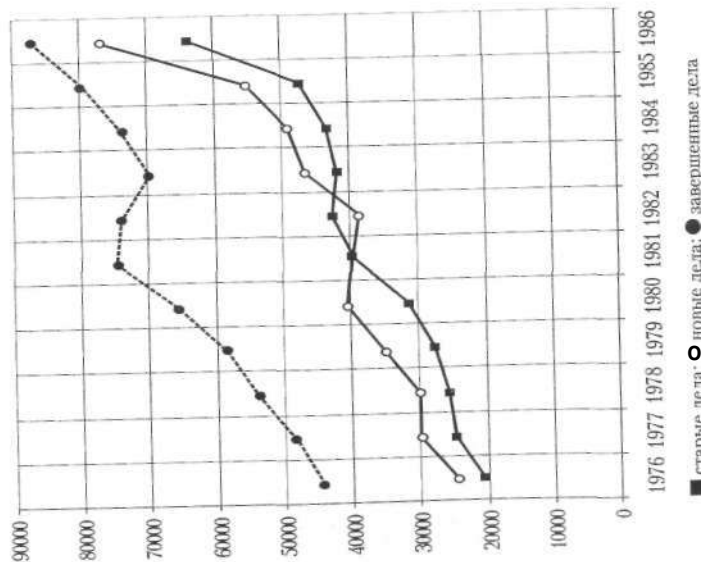


## Административное судопроизводство

Деятельность административных трибуналов



Судебная деятельность Государственного совета



## Алфавитный указатель имен и терминов

(Числа, следующие за терминами, соответствуют номерам параграфов, где эти термины употребляются)

(В указатель вошли имена авторов, использованные в тексте; имена авторов, встречающиеся только в примечаниях, в указатель не вошли)

Авторитет (власть), 13, 35, 38, 171, 173, 247, 285.  
 Авторитет социальный, 13, 30, 46 и далее, 285 и далее.  
 Акт административный (административное постановление), 35, 43, 77 и далее.  
 Акт индивидуальный, 42, 169, 194.  
 Акт юридический, 34, 35, 43, 70, 116, 171, 178, 181 и далее, 190, 191, 193, 194, 198, 229, 235 и далее.  
 Анализ экономического права, 153.  
 Аналогия, 180, 183, 190, 232, 233, 255, 265.  
 Антиципация, 119, 120.  
 Антропология юридическая, 3, 148.  
 Арбитраж, 285, 288.  
 Аргументы, (*apari, a fortiori, a contrario...*)  
 Аренда (договор аренды), 203, 253.  
 Аристотель, 4, 16, 24, 69, 148, 247, 249, 251, 264, 311.  
 Ассоциации, 153, 164, 171, 176.

Время (право и время), 94 и далее, 170, 233, 277, 280, 282.

Гегель, 4, 14, 19, 27.

Гейгер, 158.

Гибриды, 190, 200, 203.

Глоссаторы, 242, 253.

Гоббс, 19, 127.

Государство, 19 и далее, 25, 26, 27, 45 и далее, 51, 123, 124, 127, 134, 154, 164, 165, 166, 167, 170, 171, 173, 174, 176, 183.

Государство, суверенитет, 123, 127, 170, 183, 193, 231, 287.

Государство унитарное, 183.

Государство федеративное, 183, 288, 289, 298, 299.

Гроций, 16.

Д

Дабен(Ж.), 1, 10, 28.

Давид (Р.), 130, 131.

Дарвин, 20.

Д'Аржантре, 48.

Движимость, 140, 187, 192, 197.

Декарт, 246, 252.

Декларация прав человека, 16, 17, 25, 37, 69, 70, 73, 78 и далее, 112, 133, 290, 302, 312.

Делагрессей, 169.

Демог, 60, 282.

Дефиниция (определение), 182 и далее, 209 и далее, 276.

Дефиниция (определение), методы, 182 и далее.

Дефиниция, типология, 186 и далее.

Диалектика аристотелева, см. *Юридические суждения — диалектика*.

Диалектика гегельянская, 19, 253.

Дирижизм, 26 и далее, 151.

Добропорядочный отец семейства, 185, 211, 277.

Договор, 24, 25, 43, 64, 70, 103, 112, 117, 119, 142, 147, 151, 154, 157, 169, 170, 171, 174, 184, 185, 187, 192, 194, 204, 205, 206, 207, 229, 232, 2 и далее, 241, 243, 284.

Договор коллективный, 238.

Договор общественный, 16, 171, 302.

Договор присоединения, 64, 184, 238, 284.

Договор, редакция и формулирование, 208 и далее.

Договор типовой, 64, 238, 284.

Договор, толкование, 235 и далее, 284.

Договор, 24, 25, 43, 64, 70, 103, 112, 117, 119, 142, 147, 151, 154, 157, 169, 170, 171, 174, 184, 185, 187, 192, 194, 204, 205, 206, 207, 229, 232, 2 и далее, 241, 243, 284.

Договоры международные, 134, 135, 136, 171, 174, 183, 188, 230 и далее, 270, 312.

Доказательство, 87, 88, 89, 154, 179, 192, 269 и далее, 308, 309, 311.

Безопасность общественная, 151.  
 Безопасность юридическая, 14, 15, 44, 47, 102, 103, 111, 117, 121, 140, 183, 191, 208, 212, 228, 234, 235, 244, 248, 252, 261, 262, 263, 273, 280, 291, 302.  
 Бенгем, 20, 21, 24, 263.  
 Бергсон (А.), 95, 102, 262.  
 Берже, 94.  
 Бертрам, 55, 253.  
 Боден, (Ж.), 19.  
 Боскю, 19, 127.  
 Брак, 133, 160, 164, 167, 171, 174, 206.  
 Букна текстов, 228 и далее.  
 Буланже (Ж.), 75.  
 Бюро (Ж.), 26.

В

Валин М., 169.

Вебер (Макс), 158.

Ведель, 104.

Видимость, 139, 154, 280.

Виндшейд, 28, 282.

Виллей, 23, 24.

Владение, 25, 89, 121, 154, 167, 184, 280, 281.

Власть, власть законодательная, 36 и далее, 46, 48, 67, 91, 290, 291.

Власть, власть исполнительная, 37, 67, 291.

Власть, власть политическая, 170, 174, 176, 244, 290.

Власть, разделение властей, 51, 61, 89, 173, 175, 231, 290, 291, 301.

Власть, власть регламентарная, 37, 46, 64, 70, 78 и далее, 91, 249.

Власть, власть судебная, 42 и далее, 61 и далее, 67, 91, 285, 287, 288 и далее.

Возмещение (убытков и т.п.), 34, 89, 179, см. *Ответственность*.

Воля, 13, 22, 39, 44, 46, 101, 155, 193, 229, 232, 235 и

Доктрина, 42 и далее, 53, 54, 56, 59 и далее, 65 и далее, 183,212.  
Доктрины либеральные, 236.  
Доктрины социальные, 27, 28, 22, 236, 238, 239, 240.  
Документация (документирование) юридическая, 53 и далее.  
Дома, 10,48,  
Домниций, 139, 141.  
Дух текстов, 167, 170, 172, 173,228 и далее, 239 и далее, 302, см. *Толкование законов*.

Е  
Европейская конвенция по правам человека, 70, 84, 133, 185,290,291,312.

Ж  
Жимбински, 35.  
Жени, 5,10,17,24,34,85,100,155,180, 231, 233, 244, 246,257,282.  
Жоссеран (Л.), 39, 60, 240.

З  
Закон, 36 и далее, 42, 43 и далее, 53, 54 56, 59 и далее, 65 и далее, 70, 72 и далее, 86, 89, 157, 160, 169, 183, 194, 197,211,290.  
Закон, конституционность, 72, 77 и далее, 302.  
Закон, несправедливый закон, 17.  
Закон, определение, 37.  
Закон, отсутствие обратной силы закона, 86, 89, 111 и далее, 119, 120, 173,291.  
Закон, подготовительные работы, 232, 233.  
Закон, принятие, 63, 64, 66, 103, 160.  
Закон, упразднение, 110.  
Закон, толкование, 61, 62, 63, 64, 84, 85, 154, 158, 167, 183, 188, 2X2,228 и далее.  
Запросы (ответы на официальные запросы), 63,64.  
Закон, формулировка, 208 и далее.  
Злоупотребление властью, 29, 241.  
Злоупотребление правовое, 29, 145, 240 и далее  
Зондирования, 153, 159, 161.

И  
Идеализм, 13, 15, 16 и далее, 156, 263, 282.  
Иерархия текстов, 43, 70 и далее, 112, 134, 166, 170,206,249.  
Иеринг, 19,28, 149, 166,282.  
Имущество, 164, 178, 181 и далее, 191, 194, 197, 200.  
Имущество, права, регулирующие имущественные отношения, 154.  
Имущество, движимость.  
Имущество, недвижимость.  
Имущество, локализация, 140, 141.  
Индивидуализм, 13,26 и далее, 131, 154,253.  
Информация юридическая, автоматическая обработка, 55 и далее, 154, 161, 180,209,216,217, 249, 264.  
Инстанция, 164, 179.  
Институты, 29, 103, 151, 154, 159,164 и далее, 181 и далее, 191,239,242.  
Инструменты правовые, 163 и далее, 169, 177 и далее.  
Интерес коллективный, 35, 154, 169, 170,171, 176, 286.  
Интерес общий, 25, 169,174,178,185, 190, 238, 241, 262, 277, 286, 307, 308.  
Интерес частный, 190, 197, 241, 262, 286, 307, 308.  
Исключения (из правил), 167, 191, 197,252.  
Исполнительное производство, 118.  
Исследование юридическое, 53 и далее.  
Исследование юридическое, методы исследования, 53.

Исследование юридическое, первоисточники (документы, документирование), см. *Юридическое документирование*.  
Исследование юридическое, свободное исследование, 85, 231,233, 234.  
История, 13, 20, 21, 22,99идалее, 158.  
Историческая школа, 16, 21, 97, 101.  
Источники права, см. *Право — источники*.

Йеже (Jeze), 169.

К  
Калиновски, 246.  
Кант, 4,14,27,39, 95,181.  
Капитализм, 26 и далее.  
Капитан (А.), 17, 60, 180.  
Карбонье (Ж.), 29, 60, 158, 159, 285.  
Карлозо (Б. Н.), 233.  
Кассационный суд, 72, 236, 283, 284, 298, 299, 304.  
Катала (П.), 55.  
Категории юридические, 163, 174, 180, 189 и далее, 250, 265, 282.  
Квалификация (процедура), 163, 180, 181, 190 и далее, 255, 265,275 и далее.  
Кельзен, 5, 8, 20, 28, 70, 101, 230, 263, 278.  
Классификации, 174 и далее, 180, 181, 189 и далее, 255,265.  
Кодификация, 48, 49, 59 и далее, 122, 125, 131, 134, 231.  
Коккий, 48.  
Коллективизм, 13,26 и далее, 129, 131, 154,253.  
Коллективное соглашение, 64, 151, 238.  
Коллен, 17.  
Коллегиальность, см. *Общие принципы организации судебной системы — Коллегиальность*.  
Компетенции (полномочия), см. *Юрисдикция*.  
Консерватизм, 261, 262.  
Конституционный совет, 69 и далее, 77 и далее, 302.  
Конституция, 17, 20,37,50, 51,65,69, 70, 72, 78,167, 230 и далее, 302.  
Конституция 4 октября 1958, 37, 46, 68, 69, 72, 77, 78идалее, 112, 197,291,302.  
Конт(0.),22, 155,263.  
Концепт, 180, 181 и далее, 208 и далее, 249, 265, 275 и далее, 282, см. *Юридические понятия*.  
Концептуализация, 152, 181,275 и далее, см. *Квалификационное описание*.  
Корню (Ж.), 186.  
Коснар, 55.  
Криминология, 158.  
Куйяс, 242.  
Кюш, 169.

Л  
Лаббе, 60.  
Леви-Брюль, 107, 154, 157, 158.  
Легальность правонарушений и наказаний, 173, 256, см. *Общие принципы права*.  
Лейбниц, 246, 252.  
Либерализм, 26 и далее, 261, 262, 307.  
Лица, 178, 187, 191,192, 194, 197, 200, 204, 282.  
Лица, лицо физическое, 103, 139,141,164,169, 191, 192.  
Лица, лицо юридическое, 103, 116, 139, 141, 151, 154,164,169, 170, 171,175,176, 191,192,282.  
Личность (права личности), см. *Права личности*.  
Личность человеческая, 27 и далее, 75, 116, 154.  
Лишение прав, 117, 119.  
Логика, см. *Логические суждения — Юридическая логика и Формальная логика, "Гибкая" логика*.

Локализация ситуации, 137, 139 и далее, 297 и далее.  
Локк, 16.  
Луазель, 10, 48.

М  
Макиавелли, 19, 127.  
Маркс, 21, 27.  
Марксизм, 21, 27, см. *Коллективизм*.  
Международные организации, 134, 158, 174, 176.  
Метод диалектический, см. *Юридические суждения - диалектика*.  
Метод классификаций, 180, 189 и далее, 265.  
Метод социологический, 106, 157 и далее, 233.  
Метод телеологический, 234.  
Метод ассоциации и диссоциации, 189 и далее.  
Методика принятия решений, 160.  
Методология историческая, 105 и далее, 157, 159, 234, 255, 263.  
Методология сравнительная, 132, 157, 159.  
Методология юридическая, 6, 105, 157, 244, 257.  
Метод составления дефиниций, см. *Дефиниции - методика*.  
Методы исследования, см. *Юридическое исследование*.  
Методы количественные, 159, 160, 161.  
Методы рассуждения, см. *Юридические суждения (умозаключения)*.  
Методы толкования, см. *Толкование (метод толкования)*.  
Методы экспериментальные, 161.  
Механизмы, 177 и далее, 249, 259, 292.  
Милль (Дж. Стюарт) 20, 24.  
Мичоуд, 169.  
Монтеские, 97, 290.  
Мораль, 13, 23, 26,39 и далее, 89,131,149,154,179, 207.  
Мошенничество, 29, 86, 89, 242 и далее.  
Мышление юридическое, 15 и далее.

Н  
Наказания, см. *Уголовные наказания*.  
Наказание (санкция), гражданские наказания, 34,241.  
Наказание (санкция), уголовные наказания, 25, 34,117, 131, 172,211,241.  
Наследование (право наследования), 116, 142.  
Недвижимое имущество, 140, 143.  
Недееспособность, 170, 178, 197.  
Непредвиденность, 119, 205, 238.  
Ничтожность, 34, 179, см. *Санкции*.  
Норма, 20, 69 и далее, 151, 170, см. *Юридическое (правовое) Управило*.  
Норма, действительность, 70.  
Нормативизм, 20, 70.  
Нравы (обычаи), 41.

О  
Обжалование, см. *Пути обжалования, Исковое судопроизводство*.  
Обратная сила (закона), 119, 120, см. *Закон - Отсутствие обратной силы закона*.  
Обри и Ро, 60, 225, 231.  
Общества, 135,139, 141,164,170, 171,174, 176,197 206,241.  
Общественное мнение, 98, 153, 160.  
Общественный прогресс, 14, 15, 252, 261, 263.  
Общие принципы права, 59, 61, 68, 69 и далее, 154,170,172, 173,180,185, 239,240,252,256,257, 263, 310 и далее.  
Общие принципы организации судебной системы, 287 и далее, см. *Кассационный суд, Государственный Совет*.

Общие принципы организации судебной системы, Коллегиальность, 350 и далее.  
Общие принципы организации судебной системы, Иерархия юрисдикции, 61, 298, 303 и далее.  
Общие принципы организации судебной системы, Общие принципы, 295 и далее.  
Общие принципы организации судебной системы, Юрисдикции административные и общегражданские, 292, 294, 298, 299,301, 304.  
Общие принципы права, Классификации, 86, 91 и далее, 185.  
Обычай, 42 и далее, 61, 63, 65 и далее, 70, 72, 73, 99, 121, 131, 230идалее, 263, 270.  
Обязательства, 34, 60, 87, 167, 183, см. *Договор, Ответственность*.  
ООН, 69, 134.  
Органы, 175 и далее.  
Остин, 20.  
Ответственность, 60, 72, 89, 119, 142, 145, 154, 157, 168,170, 171, 179, 193,197, 212,275, 282.  
Отличительные черты, 180, 181, 189 и далее, 264, см. *Классификации*.

П  
Пандектисты, 59, 60, 225.  
Паскаль (Блез), 19.  
Паунд, 158,233.  
Перельман, 10, 246, 252, 253, 264, 267, 305.  
Планьоль(М-), 17,60,240.  
Платон, 4, 16, 264.  
Плюрализм юридический, 148, 158, 159.  
Позитивизм, 13,18 и далее, 25, 28, 34, 156, 244.  
Позитивизм, позитивизм научный, 20.  
Позитивизм, позитивизм социологический, 21 и далее, 263, 282.  
Позитивизм, позитивизм юридический, 19, 127.  
Полезность, 24 и далее.  
Польза общественная, 25, 29.  
Политика, 19 и далее, 26, 126, 174,290.  
Политика юридическая, 230, 273, 274.  
Понятия юридические, 151, 154, 163, 180 и далее, 211,276.  
Понятия юридические, диссоциация, 264.  
Понятия юридические, понятия гибкие, см. *Правила приличияНисотсердечность,Стандарты*.  
Порталис, 25, 97.  
Порядок общественный, 25, 33,86, 87, 111, 112, 185, 232,236,271,312.  
Порядок юридический, 124, 166, 170,263,278,281.  
Постоянно действующий Международный суд, 134.  
Потье, 48, 60.  
Правила приличия, 25, 48, 66,86, 185, 211, 232, 277.  
Правила юридические (правовые), 13, 30 и далее, 42, 58 и далее, 69 и далее, 150, 156, 159,165, 166,169,170,171,172,177,179, 187,267, 278, 285.  
Правила юридические, правила вспомогательные, 33, 63, 64, 91, 110.  
Правила юридические, правила императивные, 33,63,64,91,110,171.  
Правила юридические, правила специальные, 35, 43, 68, 87, 194, 201, 203, 204, 232, 255, 256.  
Правила юридические, образование, 208 и далее, 228.  
Правила юридические, общие правила, 35 и далее, 43, 68, 69 и далее, 87, 201, 203, 204, 232, 255, 256.  
Правила юридические, толкование, см. *Закон - толкование*.  
Презумпции, 272 и далее.  
Предписание, 25, 75, 117, 121, 178, 281.  
Предприятие, 151, 154, 170, 171, 174, 175, 176.  
Представительство, 164.



Принуждение, 13, 19, 20, 21, 34, 39, 159, ел. *Санкции*,  
Производство особое и производство исковое, 286, 292.  
Пространство (право и пространство), 123 и далее.  
Проступок, 185, 192, 193, 211, 212, 275, 277, 280.  
Противоречие (принцип противоречия), 89, 90, 311.  
Профессии юридические, 63 и далее.  
Профессиональная практика, 63 и далее, 134, 158, 212, 238.  
Профессиональные союзы, 131, 153, 158, 164, 171, 176.  
Процедура, 90, 141 и далее, 172, 187, 193, 241, 50\* и далее, см. *Общие принципы процесса*.  
Процесс, 158, 170, 285, 307 и далее, см. *Общие принципы процесса*.

Развод, 131, 133, 206, 211, 264, 265.  
Райт (Фон), 246.  
Реализм, 15, 25, 158, 257, 263, 280 и далее.  
Регламент, 37, 69 и далее, 112, 194, 197, 230 и далее, 249, см. *Закон, Власть - Власть регламентарная, Юридическое, (правовое) право*.  
Режим юридический (определение), 180, 191, 192, 195, 201, 202 и далее.  
Религия, 39, 41, 45, 149, 153, 154, 179, 207.  
Решение (постановление) суда, 35, 43, 69, 157, 179, 253, 267, 286, 288, 292.  
Решение суда, формулировка, 208 и далее.  
Рипер, 5, 29, 39, 102, 151, 153, 282.  
Родьер, 90.  
Раулд (Джон), 24.  
Рубье, 1, 10, 28, 39, 111, 149, 171, 261.  
Руссо, 16, 36.

## С

Савиньи\* 16, 21, 97, 101, 105, 263, 282.  
Салей, 17, 60, 169, 233, 240, 282.  
Санкция, 3, 33, 34, 40, 167, 179, 191, 239 и далее, 275, 307, 312.  
Св. Августин, 16, 24, 39.  
Свобода (свободы), 13, 27, 79, 86, 87, 89, 90, 92, 103, 19, 133, 154, 174, 178, 291.  
Св. Фома Аквинский, 16, 24, 36, 98, 110, 263.  
Семiotика юридическая, 208.  
Семья (и семейное право), 116, 125, 129, 139, 151, 153, 154, 157, 158, 160, 164, 165, 166, 169, 170, 172, 174, 175, 176, 241, 243, 273, 281, 282.  
Силлогизм, см. *Юридические суждения - Силлогизм*.  
Система юридическая, 8, 13, 70 и далее, 159, 164 и далее, 174, 177, 180 и далее, 214, 234, 245, 266, 282.  
Система юридическая, конечные цели, 13, 234.  
Система юридическая, основа, 13, 131.  
Система юридическая, системность, 170, 188, 255.  
Система юридическая, юридическая техника, 131, 380 и далее.  
Системы правовые (различные), 31, 68, 69, 123, 124, 125 и далее, 130 и далее, 245, 259 и далее, 266, 270.  
Системы правовые, немецкое право, 59, 60, 69, 79, 130, 301, 302.  
Системы правовые, английское право, 66, 131, 282, 283, 289, 295, 298, 299, 301, 303, 305.  
Системы правовые, китайское право, 41, 131, 148.  
Системы правовые, "обычное право", 6, 10, 31, 50, 54, 55, 60, 61, 67, 125, 129, 130, 131, 183, 186, 188, 253, 283, 303, 305.

Системы правовые, индусское право, 39, 45, 130, 131, 301.  
Системы правовые, исламское право, 39, 45, 130, 131, 153.  
Системы правовые, правовые системы романо-германских государств, 6, 31, 49, 54, 55, 125, 130, 131, 253, 283, 301, 303.  
Системы правовые, правовые системы социалистических государств, 51, 54, 126, 129, 130, 131, 283, 295.  
Системы правовые, различные правовые системы, 45, 59, 61, 69, 79, 130, 131, 148.  
Системы правовые, правовая система СССР, 51, 54, 283, 289, 295, 302, 303.  
Системы правовые, правовая система США, 50, 69, 78, 131, 188, 288, 289, 295, 298, 299, 302, 303.  
Ситуации юридические, 28, 29, 122, 123, 137 и далее, 190, 194.  
Словарь юридический, см. *Юридический язык*.  
Служба общественная, 89, 90, 183.  
Собственность (право собственности), 28, 29, 89, 92, 103, 104, 117, 118, 128, 129, 137, 144, 145, 146, 151, 157, 164, 165, 166, 170, 174, 214, 241, 253, 281, 282.  
Собственность на произведения литературы и искусства, 28, 29, 194, 200, 203.  
Совет государственный, 69 и далее, 77 и далее, 90, 183, 298, 299, 304.  
Совет конституционный, 69 и далее, 77 и далее, 302.  
Соседские отношения (смежность), 145.  
Социализм, 26 и далее, 129, 261, 262.  
Социальная защита, 25.  
Социальная психология, 158.  
Социология, 13, 20, 21 и далее, 148, 155, 156.  
Социология, юридическая социология, 157 и далее.  
Спенсер, 20, 22, 155.  
Спиноза, 264.  
Справедливость, 10, 23, 39, 50, 60, 68, 72, 89, 129, 131, 185, 233, 252, 263, 277, 298.  
Справедливость (концепт, понятие), 13, 14, 15, 16 и далее, 23, 24 и далее, 34, 39 и далее, 44, 50, 131, 156, 379, 191, 252, 253, 261, 263.  
Срок, 117, 121, 129, 178, 269, 311, 312.  
Срочность (чрезвычайность), 118, 185, 277.  
Стандартные (единообразные) законы, 134.  
Стандарты, 185, 211, 230, 252, 277.  
Статусы легальные, 29, 166, 169, 171, 238.  
Стоики, 16.  
Страхование, 119, 152, 154.  
Структурализм, 252.  
Суверенитет, см. *Государство - суверенитет*.  
Суд. Европейской общности, см. *Европейские права*.  
Судебное постановление (сила судебного постановления), 61, 86, 89, 178, 271, 273, 288, 292, 294.  
Судебный иск, 117, 121, 141 и далее, 169, 179, 241, 286.  
Судопроизводство административное, 309, 310 и далее.  
Судопроизводство гражданское, 72, 117, 121, 183, 309, 310 и далее.  
Судопроизводство уголовное, 142, 269, 304, 309, 310 и далее.  
Судья, 170, 285, 286, 287 и далее.  
Судья, обязанности и полномочия, 61 и далее, 65 и далее, 70, 72 и далее, 91, 158, 183, 231 и далее, 240, 263, 269 и далее, 283 и далее, 288 и далее, 308, 309.  
Судья, Независимость, 291, 303.  
Судья, Единичный судья, см. *Общие принципы организации судебной власти - Коллегия*

Судья, функции, 288 и далее, см. *Толкование*.  
Судья, статус магистратуры, 291, 295, 303.  
Суждения юридические, 6, 8, 23, 53, 180 и далее, 232, 234, 244 и далее, 267.  
Суждения юридические, анализ, 53, 248, 251.  
Суждения юридические, аргументация, 206, 232, 233, 234, 255 и далее.  
Суждения юридические, классификации, 259 и далее.  
Суждения юридические, выбор пропозиций, 259 и далее.  
Суждения юридические, дедукция, 158, 191, 232, 233, 240 и далее.  
Суждения юридические, диалектика, 206, 251 и далее.  
Суждения юридические, индукция, 158, 161, 181, 183, 190, 232, 234, 250.  
Суждения юридические, деонтическая логика, 246 и далее.  
Суждения юридические, "гибкая" логика, 185, 246, 251 и далее, 256, 258, 265.  
Суждения юридические, силлогизм, 249, 251, 267.  
Суждения юридические, синтез, 53, 248.  
Суриу и Лера, 208 и далее, 218.

## Т

Теория права (Общая теория права, определение), 2 и далее, 5 и далее, 7 и далее, 60, 250, 261.  
Теория права, юридическая, 180, 187, 188, 208, 209 и далее.  
Техническая процедура, 380, 181 и далее, 265 и далее, 273, 282, см. *Инструменты правовые: Юридическая система, Юридическая техника*.  
Технический прогресс, 151, 154, 207, 273.  
Толкование (методы толкования), 228 и далее.  
Толкование (методы), экзегеза, см. *Экзегеза*.  
Толкование (методы), толкование юридических актов, 253 и далее, 284.  
Толкование (методы), толкование закона и текстов, 229, далее, 255, 262.  
Толкование (методы), субъективные и объективные методы, 229 и далее, 236 и далее.  
У

## У

## Ф

Факт (деяние), 267 и далее.  
Факт (деяние), оценка судьи, 283 и далее.  
Факт и право, 267 и далее.  
Факт, доказательство, см. *Доказательство*.  
Факты социальные, 13, 20, 22, 300, 307, 148 и далее, 165, 280.

Факты социальные и право, 148 и далее, 191, 207, 233, 236, 250.  
Факты социальные, факт исторический, 107, (65).  
Факты юридические, 142, 181 и далее, 190, 191.  
Феноменология, 4, 14, 159, 165, 366, 167, 181.  
Фикция (условность, вымысел), (09), 139, 282.  
Философия права, 4, 34, 15 и далее, 92, 157, 264.  
Фонды коммерческие, 140, 197, 203.  
Формализм, 87, 178, 208, 236, 263, 312.  
Формализм, школы формализма, 15, 263.  
Формуляры, 64, 238.  
Формулы, 208 и далее, 238.  
Фразеология юридическая, 277 и далее.  
Фундаментальные принципы права, 69 и далее, 91, 112, 262.

## Ц

Циркуляры административные, 63, 64.  
Цифрой, 16, 24, 263.

## Ч

Чистая теория права, 5, 20, 230.  
Чуждость, 86, 89, 385, 238, 239, 273, 277,

## Ш

Штаммлер, 17.

## Э

Эбро, 119, 155, 158, 169, 174, 175.  
Экзегеза, 60, 231 и далее.  
Энгельс, 21.  
Эпистемология, 4, 14.  
Эсмен Ж.-П., 60.

Этнология юридическая, 148.

## Ю

Юрисдикции, 295 и далее, см. *Общие принципы организации судебной власти*.  
Юрисдикции, юрисдикции общего и исключительного права, 299, 305.  
Юрисдикция, подсудность, 329, 141 и далее, 296 и далее.  
Юрисдикции, территориальная подсудность, 141 и далее, 143, 297 и далее.  
Юриспруденция, 42 и далее, 53, 54, 56, 59 и далее, 61 и далее, 65 и далее, 69, 70, 72 и далее, 158, 183, 232, 230 и далее, 289, 290.  
Юристика, 157.

Юстиция (институт), 158, 170, 179, 285 и далее, см. *Судебные акты, Общие принципы организации судебной власти*.

## Я

Язык юридический, 163, 187, 188, 208 и далее, см. *Юридическая фразеология, Юридическая терминология*.

*Жан-Луи Бержель*

# ОБЩАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА

под общей редакцией

*В. И. Даниленко*

переводчик с французского

*Г. В. Чуриуков*

корректор

*В. Н. Кожуткина*

оригинал-макет подготовили

*В. Л. Филиппов*

*С. А. Карпухин*

ISBN 5-8188-0022-9

Изд. лиц. № 065828 от 20.04.98

Подписано в печать с готовых диапозитивов 05.04.2000.

Формат 84x108 <sup>1</sup>/<sub>32</sub> - Печать офсетная. Гарнитура Kudriashev.

Усл. печ.л. 30,24. Тираж 10000 экз.

Зак. 6112

Отпечатано с готовых диапозитивов в типографии

Липецкого издательства

398055, г. Липецк, ул. Московская, 83.

Тел.: 25-40-48, 25-99-21.