

М. В. Захарова

# ФРАНЦУЗСКАЯ ПРАВОВАЯ СИСТЕМА: ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ

Монография



Мария Захарова

**Французская правовая  
система: теоретический анализ**

«Проспект»

**Захарова М. В.**

Французская правовая система: теоретический анализ /  
М. В. Захарова — «Проспект»,

ISBN 978-5-39-208264-3

Представленная читателю работа является одним из первых исследований французской правовой системы как комплексного феномена. В ней автором проводится идентификационная и темпоральная оценка современного французского правопорядка, дается доктринальный анализ нормативного, ценностного и институционального сегмента французской правовой системы, определяются векторы дисперсии французского права как такового, а также представлена гносеологическая оценка феномена глобализации в эмпирических данностях французского правопорядка. Данная монография адресована научным и педагогическим работникам, аспирантам и студентам гуманитарных вузов и исследовательских центров, а также всем, кто интересуется проблемами социальной компаративистики.

ISBN 978-5-39-208264-3

© Захарова М. В.  
© Проспект

# Содержание

ВВЕДЕНИЕ	6
Глава I	9
§ 1. Объекты и уровни структурирования мирового юридического пространства	9
§ 2. Понятийная и видовая оценка стиля правового мышления как социально-культурного феномена. Французская правовая система в образах континентально-европейского стиля правового мышления	26
Глава II	34
§ 1. Ретроспективный анализ мировоззренческих платформ онтологизации французской правовой системы	34
§ 2. Юридический позитивизм – базисное основание французского правопорядка	45
Глава III	50
§ 1. Развитие нормативного элемента французской правовой системы	50
Конец ознакомительного фрагмента.	57

# **Французская правовая система: теоретический анализ**

**Мария Владимировна Захарова**

*Монография*



**[битая ссылка] [ebooks@prospekt.org](mailto:ebooks@prospekt.org)**

## ВВЕДЕНИЕ

Французскую правовую систему современного типа актуализации следует относить к столпам мировой юридической антологии прошлого и настоящего. Известный французский компаративист Р. Леже совершенно справедливо относит ее к числу так называемых Великих правовых систем современности («Grands systèmes de droit contemporain»), то есть тех систем, которые открыли дорогу к развитию национальных правовых порядков Европы, Азии, Африки и Америки, став в той или иной мере их ядерными несущими зарядами. Действительно, если мы возьмем в качестве эмпирического образчика только лишь цивилистическое наследие Франции, то без труда можем убедиться, насколько широка палитра дисперсивного влияния Французского гражданского кодекса на развитие мировой юриспруденции[1].

При этом столь весомое онтологическое наследие французской правовой системы не всегда получало и получает по сию пору должный гносеологический отклик в рамках юридической теории, как в России, так и за ее пределами.

Однако не только общекомпаративные мотивы и основания стали для нас определяющими в выборе предметной области для научных исканий.

К настоящему периоду времени общее состояние развития отечественной общей теории права таково, что ее впору переименовать в специальную теорию права, выстроенную сугубо на отечественных эмпирических базисах и конструктивных особенностях. Заявляя со страниц учебных работ о том, что предметом теории государства и права выступают *общие закономерности возникновения, развития и функционирования государства и права* (выделено нами. – М.З.), мы отчасти вводим в заблуждение и самих себя, и читателей соответствующих работ. Оправданно ли сложившееся положение вещей? Безусловно, нет. В представленном контексте преодоление границ географических в нашей оценке правового феномена, нивелирование эффектов «провинциализма» и «доморощенного позитивизма»[2] в нашем его виденье способно качественно изменить ситуацию.

В российской юридической доктрине одним из заметных исследований, рассматривающих предметное поле французской правовой системы, стала работа профессора Ярославского государственного университета Порфирия Леонтьевича Карасевича «Гражданское обычное право Франции в историческом его развитии» (М., 1875). В данном случае объектом научного анализа П.Л. Карасевича стал французский национальный правовой порядок доцентрализованного периода актуализации.

К настоящему периоду времени работы российских исследователей, в той или иной мере затрагивающие онтологию французской правовой системы, возможно систематизировать на два крупных блока.

Соответственно *нормативный* срез французской правовой системы представлен в исследованиях, имеющих внутриотраслевой и межотраслевой характер обобщенности материала.

Определенным прорывом совсем недавнего прошлого в франко-российских коммуникативных связях стал выход в свет уникальной в своей основе работы под общей редакцией Г.А. Есакова, Н. Мазека,

Ф. Мелэна-Сукраманьена (идентичная версия на русском и французском языках) «Основные начала российского и французского права». Данный проект, подготовленный в рамках года Франции в России (2010), дает ее читателям уникальную возможность ознакомиться с основными отраслевыми юридическими блоками двух стран.

Целой эпохой в развитии отечественной науки конституционного права являются исследования по одноименному отраслевому блоку Франции профессора В.В. Маклакова.

Безусловным вкладом в онтологию российской цивилистической науки стали работы, выполненные представителями уральской юридической школы. Так, в частности, под руководством заведующего кафедрой гражданского процесса Уральской государственной юридической академии и одновременно ассоциированного профессора Университета Париж X-Нантерр В.В. Яркова состоялась в 2003 году защита диссертации на соискание степени кандидата юридических наук И.Г. Медведева на тему «Письменные доказательства в гражданском процессе России и Франции».

Ряд работ посвящен и *институциональному (организационному) элементу* французской правовой системы. В частности, в стенах Московской государственной юридической академии им. О.Е. Кутафина состоялась защита диссертации В.Д. Карпович «Организационно-правовые вопросы административной юстиции Франции» (1990 г.). Получили широкую популярность в науке конституционного права зарубежных стран работы, посвященные органам правосудия и правотворческим органам Французской Республики[3].

Значительное число исследований посвящалось и посвящается по сию пору такому органу государственной власти во Франции, как Конституционный совет. Речь в данном случае идет о работах таких авторов, как А.В. Антонов, К. Бешен-Головко, Л. Габиб, И. Гена, Ж. де Гилленшмидт, М.Е. Гимгина, Д.В. Даниленко, К.В. Карпенко, М.-К. Майнингер, В.В. Маклаков, Б. Матье, А.Н. Пилипенко.

Свое место в российской юридической доктрине заняли и ретроспективные исследования нормативного элемента французской правовой системы. В 2003 году свет увидела диссертационная работа на соискание степени кандидата юридических наук А.В. Александровой «Социальное законодательство Франции временного режима и Четвертой Республики».

Значительно приблизило российское юридическое сообщество к пониманию французской правовой системы и осуществление различных переводных проектов в отношении доктринальной составляющей французской юриспруденции. Неоценимый вклад в развитие франко-российских юридических связей внес первый председатель Конституционного Суда РФ, видный теоретик права и компаративист В.А. Туманов. В 1969 году вышло первое издание его перевода книги Р. Давида «Основные правовые системы современности». В дальнейшем переводы французских работ по юридической тематике были проведены в жизнь профессором Л.В. Головко: Р. Кабриак «Кодификации» (М., 2007); профессором В.И. Даниленко: Ж.-Л. Бержель «Общая теория права» (М., 2000); профессором В.В. Маклаковым: Ж.-П. Жакке «Конституционное право и конституционные институты» (М., 2002).

Определенный срез французской правовой системы был представлен и в обобщающих исследованиях. Так, в частности, профессор А.В. Автономов в контексте исследования проблем ювенальной юстиции представляет нам анализ состояния дел в этом вопросе Франции – страны с давними традициями в представленной юрисдикционной спецификации[4].

Однако, несмотря на имеющийся, как видим, определенный интерес представителей отечественной юридической науки к отдельным составляющим социальной онтологии французской правовой системы[5], комплексного исследования парадигмальных основ ее функционирования в рамках юридической науки проведено не было.

За последнюю половину века чуть ли не единственной работой, в той или иной мере отражающей общетеоретические искания в отношении французского юридического порядка, следует считать двухтомное монографическое исследование, вышедшее в свет под общей редакцией Р. Давида[6]. Блестящий образец французской юридической мысли, представленный доктринальный поиск стал поистине хрестоматийным для французских юристов середины – конца XX в. Но может ли эта работа в полной мере отвечать требованиям внешней среды сегодня? По объективным причинам нет. Написанная в середине XX столетия, данная работа не могла в полной мере предугадать появление новой переменной на юридических картах современности, имя которому «глобализация».

Представленная работа призвана восполнить имеющийся в отечественной юридической науке пробел относительно формирования комплексного знания о французской правовой системе различных точек временной актуализации, включая время «выхода из неолита»[7] мирового юридического сообщества – время глобализации.



# **Глава I**

## **Французская правовая система и юридическая карта современного мира**

### **§ 1. Объекты и уровни структурирования мирового юридического пространства**

Любая деятельность как специфически человеческая форма активного отношения человека к миру представляет собой взаимодействие субъекта и объекта. Субъект – это носитель материальной и духовной деятельности, источник активности, направленной на объект.

Объект – то, что противостоит субъекту, на что направлена его деятельность. В отличие от объективной реальности объектом является лишь та ее часть, которая включена в деятельность субъекта[8].

Во многом проблема объектов сравнительного правоведения тесно связана с уровнями дифференциальной оценки, предпринимаемой тем или иным исследователем.

В первом издании своего эпохального произведения «Основные правовые системы современности» Рене Давид говорит о двух уровнях компаративной дифференциации. Соответственно к микроуровню компаративной оценки он относит сравнение, проводимое в рамках одной правовой семьи, к макроуровню – исследования сравнительно-правового характера, осуществляемые в пределах действительности существования различных правовых семей[9].

В дополнение к конструкции микро- и макросравнения, предложенной Р. Давидом, немецкий юрист Ф. Шрёдер[10] предложил свой вариант мезосравнения. Объектами сравнительного анализа в данном случае для означенного выше автора стали конкретные отрасли права. На наш взгляд, объективизируемый профессором Ф. Шрёдером уровень сравнения применим скорее не ко всему сравнительному правоведению, а только к отдельной его составляющей – зарубежному праву.

Содержательно насыщенную палитру уровней дифференциальной оценки, предпринимаемой в ходе проведения компаративных исследований, мы находим у В.И. Лафитского. В данном случае речь идет о шести уровнях сравнительного правоведения – правовое пространство мира, основные правовые сообщества, семьи и группы правовых систем, формирующиеся правовые системы и сообщества, национальные правовые системы, международное право в развитии правового пространства мира и национальных правовых систем[11].

Если последовательно продвигаться в гносеологическом поиске относительно объектов сравнительного правоведения от наиболее частной категории к наиболее общему понятию, то условно можно сконструировать следующую пирамиду объектов сравнительного правоведения:



Соответственно, объектами мегауровня сравнения для данной конструкции выступают такие категории, как цивилизация и групповые сообщества правовых систем различной качественной направленности, микросравнения – идеологический (культурно-ценностный), функциональный, организационный и нормативно-правовой элементы правовой системы, а мезоуровня – правовая система как таковая.

Рассмотрим эти категории более подробно.

#### ЦИВИЛИЗАЦИЯ

В череде работ по юридической компаративистике в свете исследования данного объекта сравнительного правоведения обращает на себя внимание работа профессора Л.-Ж. Константинеско. Выходя за рамки сугубо догматического подхода к праву, он, в частности, определяет теоретические основания разграничения категорий «цивилизация» и «правовая система». Каждая правовая система является, пишет он, «юридической экспрессией цивилизации» [12]. Само понятие «цивилизация», подчеркивает профессор Л.-Ж. Константинеско, использовалось еще задолго до разработки категории «правовая система» [13], оно было введено в научный оборот, как свидетельствуют последние исследования в данной области, Оноре Мирабо[14] в середине XVIII столетия, а к настоящему периоду времени получило весьма широкое распространение в научной литературе[15].

Действительно, цивилизация как мировоззренческая категория может быть признана объектом сравнительного правоведения при соблюдении двух условий проведения гносеологического поиска. Во-первых, мировоззренческой базой исследования должен выступить социологический и этнокультурный подходы к праву как феномену общественной практики. Во-вторых, основным методологическим инструментарием исследования должна стать диалектика, а не метафизика.

Особую степень актуализации выделение данного объекта сравнительного правоведения приобретает при исследовании национальных правовых систем, имеющих глубокие временные традиции и получающих свое подтверждение на каждой из ступеней исторического развития. Речь в данном случае может идти о характеристике правовой системы Китая, а также правовых систем африканского континента, чьи генетические юридические объективации не смогли перечеркнуть ни колониальные экспансии, ни тотальные глобализация и модернизация права.

Что же собой представляет данный феномен человеческого бытия?

Этимологически термин «цивилизация» восходит к латинскому слову *civilis*, относящемуся к качествам «гражданина» как «городского жителя». До нашего времени это значение сохранилось в слове «цивильный», по-прежнему несущем в себе (в западных языках) качества, подобающие гражданину, – учтивость, любезность, приветливость. Но значение слова постепенно расширялось, и уже Данте писал о *humana civilitas* как о всеобъемлющей человеческой общности в единстве[16].

Во множественном же числе, как констатирует один из основателей школы Анналов[17] Л. Февр, слово «цивилизация»[18] впервые было употреблено в 1819 г., что свидетельствовало о признании качества многообразия в цивилизационном устройении мира. В последующие годы в свет выходят ряд работ, описывающих цивилизации как пути развития различных стран[19].

На сегодняшний момент времени существуют более ста определений категории «цивилизация». Л. Лоуи не без оснований отмечал, что цивилизация есть «беспорядочная мешанина из черепков и лоскутьев»[20]. Если обратиться к энциклопедическим словарям, то можно, в частности, найти следующие описательные характеристики данного феномена:

**Словарь английского языка Вебстера.** *Цивилизация – это*

1. *Уст.* Акт придания уголовному процессу цивилизованного характера.
2. а) Идеальное состояние человеческой культуры, характеризующееся полным отсутствием варварства и нерационального поведения, оптимальным использованием физических, культурных, духовных и человеческих ресурсов, а также полноценное устройство индивида в обществе. (*Подлинная цивилизация – это тот идеал, к которому надо стремиться*); б) Особое состояние или стадия человеческого продвижения к цивилизации, т. е. либо культура, приходящая определенному месту и времени (*средневековая культура*), либо ступень культурного развития, отмеченная изобретением письменности и хранением письменных записей, а также ступень, отмеченная урбанизацией, совершенствованием технологий (в сельском хозяйстве и промышленности), ростом населения и усложнением социальной организации (*современная цивилизация*).
3. Процесс становления цивилизованности: прогресс в науке, государственном управлении, а также в человеческих устремлениях и духовности.
4. Цивилизующая деятельность, особенно насильственное внедрение особого типа культуры среди населения, которому он чужд (*Огромные силы нации растрачивались на кровавое внедрение цивилизации среди народов, отказывавшихся ее принимать*).
5. Совокупность достижений человеческой культуры и стремлений, выходящих за пределы собственно животного уровня (*Цивилизация – продвижение от каменного века*).
6. Принятие нормативного типа поведения или мышления (*Изысканность мыслей, манер и вкуса*).

7. Территории, на которых установился относительно высокий уровень культурного и технологического развития.

8. Городской комфорт[21].

**Международная энциклопедия социальных наук.** *Цивилизация* — это категория, используемая антропологами в противопоставлении понятию примитивной или народной культуры. Как классификационная категория цивилизация включает культурные типы, которым присуща органическая гетерогенность и соответствующая ей сложная социальная структура. Цивилизованные общества имеют характерную социальную стратификацию и структуру, культуре *цивилизационного* типа присуща соответствующая диверсификация. Органическая гетерогенность означает наличие функциональной дифференциации субкультур, как высокой, так и низкой, иерархически упорядоченной и обыденной, городской и деревенской, составляющих целостную культурную систему единой цивилизации. С эволюционной точки зрения достижение цивилизации означает определенную ступень в развитии общества и культуры. По своей сущности цивилизация противостоит дикости и варварству – тем уровням формирования общества, которые предшествовали цивилизации в ходе развития человечества[22].

Что касается доктринальных опытов решения проблем сущностной оценки категории цивилизация, то их можно условно разделить на несколько крупных направлений.

Наиболее общее определение цивилизации дает английский историк А. Тойнби. Он представляет данный социальный феномен в виде «целостностей, части которых согласованы друг с другом и взаимосвязаны», при этом подчеркивая, что «все аспекты социальной жизни цивилизации, находящейся в стадии роста, скоординированы в единое социальное целое, где экономические, политические и культурные элементы согласованы в силу внутренней гармонии»[23].

В более узко локализованных подходах к проблеме авторы стремились отождествить цивилизации либо с уже разработанными в гуманитарной науке категориями и феноменами, либо с определенным уровнем развития общества.

Достаточно распространенным в гуманитарном наследии стало так называемое культурологическое направление в определении цивилизации. Так, для П. Сорокина цивилизации представляют собой ничто иное, как «огромные музееподобные хранилища материальной культуры, выставленные на обозрение без какой-либо системы». О. Шпенглер употреблял термин «цивилизация» для определения стадии в развитии культуры[24], когда преобладают технико-механические элементы, которые приводят культуру к гибели.

При урбанистическом взгляде на проблему цивилизация отождествлялась с городскими обществами. Следуя этой традиции, П. Бэбби определяет цивилизацию как «культуру, связанную с городами»[25]. Современный американский ученый Д. Уилкинсон также полагает, что «цивилизация – это городское общество» [26] с численностью населения не менее 10 000 человек, имеющих постоянную привязку к местности.

Не следует также забывать, что в различных доктринальных системах координат категория «цивилизация» приобретала разное смысловое значение. Так, для Н.Я. Данилевского осевой категорией теоретического анализа стала категория культурно-исторического типа, тогда как термином «цивилизация» он называл вершину в развитии самого культурно-исторического типа.

В представленном исследовании категория цивилизации употребляется в значении, приданном ей С. Хантингтоном. По его мнению, *цивилизация – это самый широкий уровень культурной идентичности людей, связанный с наличием таких черт объективного порядка, как язык, история, религия, обычаи, институты, а также субъективная самоидентификация людей...*[27] (Выделено нами. – М.З.).

В контексте развития юридической компаративистики одно из заметных мест принадлежит изучению такого элемента цивилизации, как правовой менталитет[28]. Правовая ментальность народа определяет специфику правового поведения индивида, тех или иных социаль-

ных или профессиональных групп, государственных органов и должностных лиц. Во многом предопределяет развертывание как национальной правовой системы как таковой, так и отдельных ее элементов. Так, например, институт «судебной защиты своих прав и законных интересов» для правовых сообществ западного типа есть естественная и неоспоримая данность, завоевание человечества, призванное сделать жизнь каждого члена общества защищенной и гарантированной, тогда как для дальневосточного правового менталитета обращение в судебные органы власти за защитой свой интересов есть поведенческая манера, не коррелирующая с традиционным миропониманием восточного человека, означающая, что он не смог проявить должную настойчивость и усердие в юрисдикционном поле досудебных примирительных процедур.

Также общее учение о цивилизациях, на наш взгляд, может стать необходимой методологической базой для изучения национальных правовых феноменов различной групповой принадлежности в развитии, в эволюционной перспективе.

Как известно, наиболее классическим взглядом на развитие цивилизаций, а значит, и юридических бытийственностей, формируемых в их основе, стала так называемая органическая научная теория. Так, А. Тойнби, продолжая во многом традиции ретроспективного анализа политико-правового пространства, заложенные еще Г. Спенсером, выделял следующие стадии развития цивилизаций: генезис, рост, надлом и распад, усматривая тем самым сходные закономерности эволюционного роста в биологическом и социальном феномене. Однако не стоит забывать, что данная научная платформа является отнюдь не единственным методологическим модулем, предложенным гуманитарной наукой по данной проблеме. С самых первых шагов своей институализации, пик которой приходится на начало XX столетия, она получила достаточно весомый заряд критики. Так, в частности, П. Сорокин подчеркивал, что одновариантный «органический» цикл развития цивилизаций, находящий свое подтверждение в работах О. Шпенглера, А. Тойнби, Н. Данилевского, – это «чрезмерно общая модель жизненного пути цивилизаций, применимая, в лучшем случае, к некоторым организованным социальным группам, выступающим как центральное звено каждой из таких “цивилизаций”... Большинство этих групп смертны и рано или поздно гибнут как отдельные единицы в социокультурном универсуме групп и народонаселения. Некоторые культурные системы, включая ту, что составляет базис “цивилизации”, также могут распадаться и погибать как целостные системные единицы. Однако одновариантная модель (рождение, созревание, гибель) никоим образом не может быть применена к какой-либо из этих цивилизаций. Поскольку совокупная культура каждой из этих “цивилизаций” никогда не была единой связанной системой, она и не может подвергнуться дезинтеграции. Точно так же она не может погибнуть целиком, так как никогда не представляла собой реального целого. Даже самый беглый анализ смысла рождения, роста, зрелости, надлома и гибели показывает бессмысленность и ошибочность этих терминов в применении к совокупному конгломерату культурных систем и скоплений, содержащихся в каждой “цивилизации”. Ни одна из этих теорий не в состоянии точно указать, ни когда зародилась та или иная “цивилизация” и каковы признаки ее зарождения, ни когда она погибнет и каковы критерии ее гибели...» [29].

#### СООБЩЕСТВА ПРАВОВЫХ СИСТЕМ

Если выделение цивилизаций в качестве объектов сравнительно-правового научного поиска является скорее уникальной точкой научных координат, то классификация правовых систем в отдельные сообщества – это процесс, перманентно присущий юридической компаративистике с самых первых дней ее зарождения.

Проведем ретроспективный анализ научных конструкций компаративистов по данному вопросу.

В конце XIX столетия в свет вышла работа французского юриста Эрнеста Глассона, посвященная, казалось бы, достаточно узкой проблематике компаративного научного

поиска[30]. Она лежала в плоскости частного права и относилась к правовому режиму процессов бракосочетания и разводов в Европе. Однако выводы, сделанные автором по ходу изложения материала, далеко выходили за пределы микроуровня компаративистики. В частности, автор, руководствуясь прежде всего генетическими базисами построения сообществ правовых систем, сделал попытку их разделения на три большие группы. Первую группу составили страны, в которых с наибольшей силой проявляется влияние римского права, – Италия, Румыния, Португалия, Греция, Испания, вторую – страны, где римское влияние невелико и право основано преимущественно на обычаях и варварском праве (Англия, Скандинавские страны, Россия), третью – правовые системы, которые вобрали в себя в равной мере черты римского и германского права (Франция, Швейцария, Германия).

Руководствуясь тем же самым историко-юридическим критерием в поиске качественной направленности родства сообществ правовых систем, аргентинский юрист Э. Мартинес-Пас выделяет четыре группы сообществ[31]:

- варварское правовое сообщество, правовой платформой которого выступают нормы обычаев, так называемых Варварских правд (национальное право Англии, Швеции и Норвегии);
- варварско-романское сообщество (национальное право Франции, Германии и Австрии);
- варварско-романо-каноническое сообщество (национальное право Португалии и Испании);
- романо-канонико-демократическое сообщество правовых систем (национальное право США, Швейцарии и России).

Продолжали генетико-исторический вектор в решении проблем выявления системообразующего звена при классификации сообществ правовых систем и компаративисты XX века. После Второй мировой войны в Париже вышла в свет коллективная работа Арманжона, Нольде и Вольфа[32], в которой генеалогическо-исторический модус систематизации правовых семей был избран в качестве базисного. Его использование позволило авторам научного исследования выделить семь правовых семей: французскую, германскую, скандинавскую, английскую, исламскую, индийскую и советскую. Речь в данном случае шла о выделении правовых семей моделей, которые получают распространение не только в стране-метрополии, но и в государствах-доминионах, рецептирующих те или иные юридические базисы. Так, к французской правовой семье авторы монографии относят не только собственно правовой порядок Французской Республики, но и национальные правовые системы отдельных латиноамериканских стран, Египта, Румынии, Канады, к английской – национальные системы права Великобритании, доминионов этой империи и США.

На исторической парадигме базирует свое виденье юридической карты мира также и итальянский юрист А. Гризоли[33]. В данном случае речь идет о выделении пяти типов правовых систем: систем кодифицированного права (латинский и германский тип систем); англо-американской системы; систем религиозного права (каноническое право, мусульманское и индусское право) и советской правовой системы.

Не отрицая роли и значения генетико-исторических базисов при конструировании классификаций сообществ правовых систем, следует заметить, что абсолютизация подобных критериев дифференциации может привести к ошибкам в идентификации национального правового порядка того или иного государства. Проиллюстрируем представленный тезис на примере польской правовой системы. В 1808 году на территории современной Польши вступил в законную силу Французский гражданский кодекс. После Первой мировой войны и объявления независимости этой страны в 1937 году был принят Обязательственный кодекс, испытавший на себе серьезное влияние Обязательственного кодекса Швейцарии. Используя представленные данные и руководствуясь компаративной схемой Arminjon-Nolde-Wolff, можно смело отнести

польскую правовую систему либо к французскому, либо к германскому сообществу правовых систем. Однако к середине – концу XX века ни к одному из названных лагерей Польшая Республика не могла быть отнесена. В означенный период времени она, как и многие восточноевропейские страны, вступила на социалистические рельсы.

Заслуживает внимания и презентация сообществ правовых систем, автором которой стал Г. Созэр-Халь[34]. Она построена по этнографическому принципу и включает в себя четыре группы сообществ, соответствующих четырем антропологическим расам:

- индоевропейское, включающее несколько подтипов: иранский (армянское право); кельтский (право кельтов, ирландцев); греко-латинский (римское, греческое право); германский (право скандинавских народов); англосаксонский (право Великобритании, США); латвийско-славянский;
- семитское, соответственно представленное ассирийским, египетским, арабо-мусульманским правом;
- монгольское сообщество – китайское и японское национальное право;
- сообщество варварских народов (право негритянских, индонезийских, малазийских и других племен).

В сравнительном правоведении как в системе научного знания имеют свое подтверждение и компаративные модели, авторы которых избрали в качестве базисного модуля идеологический критерий классификаций сообществ правовых систем. Так, бразильский правовед С. Перейра, основываясь на данном критерии, выделял четыре основные правовые семьи – Common Law, романо-христианскую, советскую и философско-религиозную (представленную соответственно мусульманской, индийской и китайской национальными системами права)[35].

Близок в своих научных позициях к С. Перейра и испанский компаративист Х. К. Тобенас[36]. Он так же говорит о четырех сообществах правовых систем – о системе западной правовой культуры, мусульманской системе, о социалистической системе, а также о восточной системе. Однако, в отличие от С. Перейра, Х. К. Тобенас проводит более детальную дифференциацию в рамках первого из представленных сообществ правовых систем. Он выделяет четыре подгруппы правовых систем. Во-первых, это исторические прообразы современных западных правовых систем, применимые в некоторой степени и по настоящий период времени (римское и каноническое право). Во-вторых, это национальные правовые системы, которые не испытывали на себе стойкого влияния со стороны римского права (английское и американское право). В-третьих, это романо-христианское сообщество правовых систем (латинский тип названного сообщества представлен, согласно Х. К. Тобенасу, французской и итальянской национальной системами права; германский – австрийской, немецкой и швейцарской национальными системами права, и, наконец, последний, сформировавшийся под влиянием как византийских, так и романских традиций права, – национальным правом Греции). В-четвертых, сообщество правовых систем, имеющих как англосаксонские, так и романо-германские правовые корни (право Шотландии, Квебека и т. д.).

Более детальная классификация, основанная на идеолого-религиозном базисе, была дана профессором Кристофером Осаке. На первом уровне дихотомической макроклассификации[37] К. Осаке разделяет правовые системы на два крупных блока – религиозный и нерелигиозный. К религиозным правовым системам он относит мусульманское (исламское) право, еврейское (иудейское) право, каноническое право католической церкви и индуистское право. На втором уровне макроклассификации нерелигиозные правовые системы по критерию правопонимания и роли права в обществе следует, по мнению автора классификации, подразделять на западные, незападные и квазизападные. Соответственно западный блок правовых систем представлен романо-германским правом, англо-американским правом, скандинавским правом, незападный блок – юго-восточным азиатским и африканским правом, квазизападный – социалистическим правом (Китай, Лаос, Кампучия, КНДР, Куба, Ангола, Эфиопия, Мозам-

бик). Особое внимание профессор К. Осаке уделяет романо-германскому конгломерату правовых систем, схематизируя их сущностную составляющую следующим образом:

### **РОМАНО-GERMANСКОЕ ПРАВО**

**Романское** (основано на римском праве под его преобладающим влиянием): Франция, Италия, Испания, Португалия, Бельгия и т. д.

**Германское** (основано на римском праве и при преобладающем влиянии германского обычного права): Германия, Швейцария, Австрия

**Страны СНГ, Балтии и бывшей Восточной Европы** – находятся на переходной стадии развития от социалистического права к одной из ветвей романо-германского права (романскому или германскому блоку правовых систем соответственно)

Качественным своеобразием отличается конструкция профессора Г.А. Есакова. В данном случае речь идет о компаративном анализе не общетеоретического, а отраслевого порядка, основанном на критерии «идеи» [38], доминирующей в уголовном праве отдельно взятой страны (группы стран). Так, для уголовно-правовой семьи общего права таким базисом становится «идея человека», которая предопределяет понимание всего уголовного права как «прежде всего счита против произвола государственной власти – будь то монарх, или парламент, или исполнительная власть» [39], для континентального уголовного права – «идея закона», которая отражается «в абстрактности формулировок закона, охватывающего максимум возможных ситуаций; в толковании уголовного закона не столько в интересах обвиняемого, сколько в интересах законности; в обязанности уголовного преследования всех, совершивших преступление; в допустимости пересмотра оправдательных приговоров и т. д.» [40], для мусульманской уголовно-правовой семьи – «идея защиты конкретной религии», которая находит свое выражение «в наказуемости религиозных грехов, устрашающем характере предписаний наказания, объявлении самыми тяжкими преступлениями деяний против религии» [41].

По нашему мнению, одним из идеологических критериев построения классификации означенных выше объектов может стать стиль правового мышления, то есть образ (манера) интеллектуальной деятельности в правовой сфере.

В энциклопедических словарях категория мышления определяется путем установления двух ее значений: широкого и узкого. На основе максим первого из указанных аспектов понимания этой категории под мышлением соответственно подразумевают «все процессы, явления или факты сознания», на основе максим второго – «сознательно и произвольно выполняемая “апперцептивная” деятельность ума, руководимая тем или иным представлением о цели, которой нужно достигнуть, и состоящая в разложении представлений и понятий на элементы, в их сопоставлении, сравнении, связывании или отождествлении в некоторые высшие систематические единства (понятия, суждения, умозаключения и их цепи и системы)» [42]. Для определения юридического мышления в наибольшей степени подходит именно узкое понимание категории мышления как такового. Осознавать, то есть выйти на высшую форму психического отражения, индивид был способен и на первобытно-общинном этапе развития человечества, однако о юридическом мышлении отдельных личностей и целых социальных групп в этот период времени говорить было преждевременно.

Определяющее значение в отграничении одного стиля правового мышления от другого имеют особенности процессов правопонимания и правообразования, существующие в национальном сообществе. Анализ этих особенностей применительно к правовым системам различных государств позволяет говорить о существовании четырех основных стилей правового мышления:



1) континентально-европейского (назван так по основной сфере территориального распространения). Он ориентирован прежде всего на внешний по отношению к социальной среде (как правило, законодательный) способ правообразования;

2) англосаксонского (назван по центру генезиса и развития). Базируется на константах социологического позитивизма, процесс правообразования носит в первую очередь судебный, а не законодательный характер;

3) традиционного. Распространен в странах с так называемым традиционным типом правосознания, базируется на внутрисоциальном способе правообразования;

4) религиозно-доктринального. Получил наибольшее распространение в теократических и клерикальных государствах. Основан на тезисе о том, что право носит божественный характер, его создание – это процесс религиозного откровения, который репродуцируют на материальную плоскость либо авторы священных книг, либо доктринеры этих текстов.

Заметное место в юридической компаративистике занимают модели презентации юридической карты мира, построенные на основе комплексных критериев.

Так, в основе классификации правовых семей профессора Р. Давида[43] лежат два критерия: идеологический и юридический.

Заметно расширяют дифференциацию сообществ правовых систем авторы коллективной монографии «Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права» К. Цвайгерт и Х. Кетц[44]. Так, К. Цвайгерт выдвигает в качестве принципиальной новации категорию «правового стиля». Именно он предопределяет дифференциацию мирового юридического пространства в рамках отдельных сообществ правовых систем (в терминологии немецких исследователей они получают название «правовые круги»). Среди факторов, определяющих сущностную оценку «правового стиля», выделяют: происхождение и эволюцию правовых систем; своеобразие юридического мышления; специфические правовые институты; природу источников права и способ их толкования. Использование данного критерия позволило немецким исследователям разделить юридическую карту мира на следующие правовые круги: романский, германский, скандинавский, англо-американский, социалистический, дальневосточный, право ислама и индуское право.

Обращает на себя внимание также и классификация, предложенная профессором Раймоном Леже[45]. Он дополняет конструкцию комплексного инструментария компаративно-правовой дифференциации, предложенной Р. Давидом, еще одним конструктивным элементом – историческим или социологическим критерием. Принципиальное своеобразие данной конструкции заключается в том, что автор предлагает разделять правовые системы на две группы: в одну из них он включает семьи, объединяющие системы с общими чертами в техническом, идеологическом и социологическом аспектах; другая, согласно конструкции профессора Р. Леже, представлена различными группами правовых систем, объединенных в устойчивое сообщество на основе той или иной идеологической платформы. Уточняя содержательную составляющую подобной классификации, он пишет, что в первом из названных случаев речь идет о «группе правовых систем, принадлежащих к правовым государствам с длительной правовой традицией, во втором – о правовых системах, принадлежащих к государствам, не обладающим правовыми традициями, или государствам, подчинившим право религии или идеологии, что не позволяет их относить к правовым государствам» [46]. К первой группе правовых систем, Р. Леже, в частности, относит романо-германскую систему и систему общего права, ко второй – мусульманское, индуское право.

Настаивает на комплексном критерии градации сообществ правовых систем профессор Л.А. Луцъ. Оценивая современное состояние бытийственности правовых систем мира, автор называет следующие типы означенных объектов компаративного научного поиска: 1) романо-германский (континентальное право), 2) англо-американский (общее право), 3) смешанный (в следующих вариантах – дуалистический: скандинавский подтип; религиозно-общин-

ный: мусульманский, индусский подтипы; традиционно-философский: японский, китайский, обычно-общинный подтипы), 4) межгосударственный. При этом составными элементами комплексного критерия сравнительного правоведения для профессора Л.А. Луцъ выступают особенности институциональной, функциональной, нормативной частей конкретного типа правовых систем[47].

С нашей точки зрения, выделение комплексного критерия компаративно-правовой дифференциации имеет под собой весомые основания. Именно с помощью подобной конструкции возможно оценить многие грани правовых систем и их сообществ.

Особого внимания в контексте рассмотрения проблем дифференциации сообществ правовых систем заслуживает и научная конструкция профессора В.В. Оксамытного, которая объясняется, прежде всего, расширительным подходом автора к категории «правовая система» как таковая. В своей работе «Правовые системы мира: проблемы идентификации» В.В. Оксамытный отмечает, что правовая система есть исторически обусловленная и объективно сложившаяся совокупность правовых явлений, институтов и процессов, закрепляющих нормативно стабильные отношения в *государственно-организованном обществе (сообществе)* (выделено нами. – М.З.). При этом видовое разнообразие государственно-организованных обществ (сообществ) он представляет следующим образом:

- государства, представляющие собой особые организации суверенной публичной власти, способные осуществлять посредством права верховное руководство населением страны на всей территории;
- внутригосударственные образования как пользующиеся определенной самостоятельностью части сложного унитарного, регионалистского или федеративного государства;
- зависимые территории, предгосударственные образования, находящиеся под властью так называемых управляющих государств, но обладающие собственными властными структурами, которые организуют непосредственное управление населением посредством нормативных предписаний;
- государственно-подобные образования, которые являются так называемыми непризнанными государствами (кавзигосударствами);
- межгосударственные объединения как образования, основанные на международном договоре государств, которые добровольно уступают создаваемым надгосударственным органам ряд суверенных полномочий.

Что касается палитры сообществ правовых систем, которые в интерпретации В.В. Оксамытного получают наименование «объединение правовых семей», то она выглядит следующим образом:

- *западное право* (европейская и англоамериканская группы правовых семей), критериями которого могут быть: континентальная правовая традиция, воплощенная в идеях естественно-правового учения и личностном подходе; понятия справедливости, равенства и свободы волеизъявления; автономия личности в обществе; невмешательство государства в дела личности;
- *восточное право* (религиозные и традиционные правовые семьи и системы), основанное на межличностном подходе, приоритетных понятиях долга и обязанности, зависимости личности в обществе, подчиненности человека государству, на «сакральных» учениях, требующих самопожертвования индивида ради общественных и государственных интересов;
- *идеологическое право* (социалистические и постсоциалистические правовые системы), революционным путем и искусственно возникшее между основными типами права в мире, основанное на примате и принципах коммунистической идеи, которой подчинено правовое развитие страны[48].

## ПРАВОВАЯ СИСТЕМА

Категория «правовая система» получила широкое распространение в юриспруденции. В рамках российской юридической науки существенный вклад в развитие теории «правовых систем» внесли такие правоведы, как В.Н. Карташов, С.С. Алексеев, М.Н. Матузов, Ю.А. Тихомиров, А.М. Васильев, В.Н. Кудрявцев и многие другие. Ретроспективный анализ существующих в юридической литературе определений правовой системы позволяет говорить о двух основных подходах к определению этого явления – нормативном и социологическом. Принципиальное различие между этими двумя гносеологическими базисами строится прежде всего на основе неоднозначного подхода его представителей к объему категории «правовая система». Если в первом случае он исчерпывается лишь нормативной основой, то во втором содержание правовой системы укрупняется за счет новых элементов.

Наибольшее распространение нормативный подход к означенному выше феномену получил в советский период развития российской юриспруденции. Так, Л.С. Явич характеризовал правовую систему в качестве структурированной совокупности норм, включающей относительно самостоятельные образования (институты, отрасли, группы отраслей)[49]. На сходных позициях стоит и профессор Д.А. Керимов.

В своей работе «Философские проблемы права» он терминологически определяет означенный феномен в качестве объективно обусловленного внутреннего объединения в единое целое правовых норм и их подразделений на отрасли[50]. Зачастую и современный российский законодатель (сознательно или нет) берет за основу именно этот методологический инструментарий при построении законодательных конструкций. Так, в части четвертой статьи 15 Конституции Российской Федерации закреплено, что «общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы...». Таким образом, авторы Конституции РФ, по сути, поставили знак равенства между категориями «правовая система» и «система права». На наш взгляд, при помощи такого узкого подхода нельзя охарактеризовать столь сложное явление, как «правовая система». Мы полностью разделяем в данном случае позицию академика С.С. Алексеева, который еще в 1980 году писал, что «указание на правовую систему означает, что в данном случае право берется в единстве с его проявлениями, с “сопровождающими” его компонентами правовой действительности»[51].

Более оправданным в данной связи представляется социологический подход к означенному выше феномену. Так, профессор Н.И. Матузов указывал на то, что правовая система представляет собой «право как совокупность (система) создаваемых и охраняемых государством норм, законодательство как форма выражения этих норм (нормативные акты); система правовых учреждений, судебная и юридическая практика, механизм правового регулирования, процесс правореализации (включая акты применения и толкования права), законность и правопорядок, права, свободы и обязанности и обязанности граждан (право в субъективном смысле), весь комплекс складывающихся в обществе правовых отношений, правовая идеология»[52]. Профессор

В.Н. Карташов определял правовую систему как «единый комплекс органически взаимосвязанных и взаимодействующих между собой правовых явлений (права, правосознания, юридической практики и т. п.), с помощью которого осуществляется целенаправленное воздействие на поведение людей, их коллективов и организаций и юридическое обеспечение (обслуживание) разнообразных сфер общественной жизни»[53], профессор В.Н. Синюков – в качестве «конкретно-исторической совокупности права (законодательства), юридической практики и господствующей правовой идеологии отдельной страны (государства)»[54].

Как видим, лишь беглый взгляд на научные конструкции представителей социологического подхода к пониманию категории правовой системы с неизбежностью наталкивает нас на

мысль о том, что по проблеме ее расширительного толкования единого русла отечественная юриспруденция пока еще не сформировала. И если нормативный, функциональный и культурно-психологический (идейный, интеллектуальный) аспекты понимания правовой системы по большей части не вызывают серьезной полемики в юридической литературе, то аксиологический, безусловно, становится темой для многочисленных дискуссий. Мы имеем в виду здесь, прежде всего, непрекращающийся спор между правоведами о роли и значении негативных правовых явлений (правового нигилизма, пробельности права и его противоречивости) в построении правовой системы как таковой. По нашему мнению, данные явления вряд ли можно отнести к содержанию правовой системы. Ибо, как совершенно справедливо указал С.С. Алексеев, «системный мир – это сфера официальных легитимированных и осознанных правовых форм, опосредующих извне изначально заданный людям порядок, задающий разумные рамки “возможного” и должного...»[55]. Для оценочной характеристики правовой системы, по нашему мнению, логичнее будет использовать категорию «правовая жизнь». Появившаяся сравнительно недавно на отечественном юридическом небосклоне (одним из первых ее конструкций в современной российской правовой доктрине начал разрабатывать профессор А.В. Малько[56]), данная категория имеет достаточно давние генетические основы. Ее терминологическое использование можно найти в работах как российских, так и зарубежных правоведов прошлого: Б.А. Кистяковского, И.А. Ильина, Н.М. Коркунова, Е. Эрлиха. Определяя теоретические основы «правовой жизни», профессор Н.И. Матузов указывал на то, что она представляет собой «реальность, с которой неизбежно и непрерывно сталкиваются люди и их коллективы, причем независимо от своего желания»[57]. В данном случае уместно сравнить «правовую жизнь» с политикой в значении, которое ей придавал французский писатель и политический деятель XIX века Шарль де Трион де Монталамбер. Получило широкую известность его высказывание: «Вы можете не заниматься политикой, все равно политика займется вами». Так и правовая жизнь: она опоясывает человека с момента его рождения до смерти независимо от его субъективной воли. При этом проявляя себя вовне не только с позиции должного и возможного как правовая система, но и во всей полноте негативных проявлений.

С целью наиболее точного описания категорию «правовая система» следует также отграничивать и еще от ряда смежных понятий, в частности от категории «правовая надстройка».

Актуализация использования термина «правовая надстройка» в отечественной юриспруденции существовала главным образом в период социалистического развития нашей страны, когда марксистская идеология играла роль официальной доктрины. В исследованиях этих лет С.С. Алексеев отмечал, что «понятия “правовая система” и “правовая надстройка” в целом совпадают, за исключением того, что в содержание последней из названных категорий включается также негосподствующая правовая идеология и все формы правосознания»[58]. На сегодняшний момент времени следует отметить, что степень актуальности подобного использования понижается, хотя исключение данного термина из научного оборота также представляется ошибочным, прежде всего с историко-правовых позиций.

Важно также при анализе правовой системы дать и гносеологическую оценку качественным ее характеристикам. В своей двухтомной работе по проблемам общей теории правовых систем общества профессор В. Н. Карташов относит, в частности, к признакам правовой системы следующие ее характеристики:

1. Правовая система представляет собой важнейший *компонент* любого *гражданского общества*... Это особая *разновидность социальной (общественной) системы*, возникновение, развитие и функционирование которой тесным образом связаны с экономической и политической системами общества, его культурой и духовной средой в целом. С одной стороны, ПСО обусловлена (детерминирована) экономическими, политическими, национальными, нравственными и иными факторами, а с другой – она сама активно воздействует на экономику, политику и все сферы жизни общества. Это воздействие может быть позитивным,

когда, например, право, судебная и иные разновидности юридической практики служат удовлетворению законных интересов и потребностей граждан, их коллективов и организаций, либо негативным (например, при противоречиях в законодательстве, ошибках и конфликтах в процессе реализации права).

2. Это *сложноорганизованная система*. В самом общем плане правовая система любого общества состоит из следующих основных компонентов: а) *объективного права*, взятого в единстве содержания и форм его выражения (указанное единство обозначается нами термином «система права»); б) *юридической практики* (правотворческой, правоприменительной, судебной, следственной и т. п.), осуществляемой в рамках правовых отношений; в) *правосознания* (совокупности юридических идей, взглядов, представлений и т. п.), которое находит выражение в юридической практике и правоотношениях, праве и правовой культуре общества...

3. Правовой системе общества свойственны не только определенная *дифференциация*, т. е. расчленение на отдельные компоненты и элементы, но и *единство*. Это *комплекс внутренне согласованных, взаимосвязанных и взаимодействующих* правовых явлений, процессов и состояний, составляющий *органически целостное образование*. Право, правосознание и юридическая практика (правотворческая, правореализационная и т. п.) взаимодействуют между собой через *правовые отношения субъектов и иные социальные и юридические связи*.

4. Она является важнейшим *элементом государственного суверенитета*. С помощью права, юридической практики и идеологии государство делает свои веления обязательными, осуществляет свои внутренние и внешние функции...

5. Как ПСО в целом, так и отдельные ее крупные компоненты (право, юридическая практика, правосознание) также отличаются определенной *автономностью* и «*суверенностью*». Так, правовая система обладает определенной независимостью по отношению к экономической и политической системам, духовной среде...

6. В любом обществе ПСО обладает определенной *стабильностью*, которая в значительной степени обусловлена, с одной стороны, детерминирующими ее общественными отношениями, стабильностью экономики, политики, социальной и духовной сфер жизни общества, а с другой – высокой степенью организации и интеграции ее свойств и элементов. Так, стабильность ПСО зависит и от совершенства законодательства, и от уровня правосознания и правовой культуры граждан и должностных лиц, и от кадрового «потенциала» судебной системы и правоохранительных органов и т. д.

7. *Динамизм* ПСО обусловлен внутренними и внешними ее противоречиями, а также интенсивностью и характером изменения указанных общественных отношений, степенью ее активности и функционирования. Не только ПСО в целом, но и каждый из ее элементов выполняет строго определенные функции в процессе воздействия на общественные отношения. В этом плане она относится к многофункциональным *управляющим* системам.

8. *Целенаправленность* ПСО заключается в том, что ее формирование, развитие и функционирование подчинены соответствующим задачам и целям. Так, устранение пробелов в праве с необходимостью требует повышения уровня правосознания и правовой культуры «законодателей», качества и оперативности правотворческой, интерпретационной, правосистематизирующей практики.

9. *Адаптивность* ПСО в целом и отдельных ее типов и элементов выражается в их «приспособляемости» к изменяющимся условиям реальной жизни. Так, тенденция взаимного сближения и/или конвергенции англосаксонской и романо-германской правовых семей обусловлены в настоящее время прежде всего тем, что между странами, в рамках которых формировались данные правовые семьи, устанавливались и углублялись разносторонние и достаточно прочные связи, приведшие, в частности, к созданию в Западной Европе Европейского Сообщества и значительной унификацией расположенных на ее территории национальных правовых систем...

10. В данном аспекте можно в качестве относительно самостоятельных выделить такие существенные признаки ПСО, как ее *самоорганизованность и органичность*. В связи с изменением целей и задач, стоящих перед нею, изменяются ее свойства, структуры, основные элементы, содержания и формы, связи между ними, закономерности развития, функционирования и т. д.

Как органичная система она представляет собой самоорганизованное целое, которое в процессе своего индивидуального развития проходит последовательные этапы усложнения, дифференциации, интеграции и т. п. ее компонентов и элементов...

11. ПСО – это *управляемая* со стороны государства, общества, правотворческих и правоприменительных органов, отдельных должностных лиц и граждан система. Она является продуктом сознательной волевой деятельности людей, их коллективов и организаций. В этом плане ее можно отнести к искусственному, духовно-материальному образованию.

12. ПСО – это *открытая* социальная система, в которую постоянно вводится новая информация (экономическая, политическая, юридическая, техническая и т. д.), нормативно-правовые и иные юридические предписания, идеи, теории, объекты и субъекты, юридические действия и операции, средства и способы их осуществления.

13. *Иерархичность* — это свойство не только строения, морфологии ПСО, но и ее «жизнедеятельности», функционирования. Так, в США действуют федеральная ПСО и правовые системы отдельных штатов. При всей их относительной самостоятельности первая относится к образованию более высокого уровня, которая в значительной степени определяет качество и эффективность развития и функционирования ПСО в различных субъектах федерации[59].

Не следует смешивать правовую систему с сообществами правовых систем в рамках одной компаративной конструкции. Ярким примером такого смешения является позиция Ролана Серусси. Так, в частности, Р. Серусси в своей работе «Введение в сравнительное право-ведение» выделяет восемь основных правовых семей, существующих на сегодняшний момент на юридической карте: романо-германское право, Common Law, российское право, африканское право, японское право, китайское право, индийское право и скандинавское право[60].

Строение[61] правовой системы легко представить, оперируя следующей круговой схемой:

#### **Ядро правовой системы**

#### **Орбита правовой системы**

Ядро, или нормативную основу, правовой системы составляет позитивное право конкретно взятого государства. На орбите (словарь Даля определяет это понятие как круговой путь планеты вокруг солнца) соответственно находятся юридическая практика, правосознание и правовая культура национального сообщества.

В зависимости от особенностей строения возможно классифицировать правовые системы на так называемые моноядерные и полиядерные. Большинство правовых систем современности можно отнести к моноядерным. Следуя алгоритмам развития одного единственного стиля правового мышления, эти правовые системы имеют как следствие и одноядерное строение. Правовые системы с полиядерной структурной организацией, напротив, берут за основу два и более стиля правового мышления. Наиболее ярким примером последней из названных групп правовых систем следует считать так называемые кочующие правовые системы»[62]. Сущность построения означенных выше систем заключается в том, что, несмотря на приоритетное развитие на социальной арене отдельно взятого государства определенного стиля правового мышления, на его пространстве существуют территории, где господствуют доминанты совершенно иного стиля правового менталитета. Так, в провинции Квебек по сравнению со всеми иными территориальными единицами Канады в качестве базисной используется не англосаксонская, а романо-германская правовая традиция.

Также следует отметить тот факт, что явления глобализации с необходимостью предопределяют существование определенных казусов, чья объективация была бы невозможна на заре появления сравнительного правоведения как науки и учебной дисциплины. Так, отдельные национальные правовые системы могут одновременно находиться в рамках категориальных границ разнородных сообществ правовых систем. В частности, большинство правовых систем арабского мира по характеристике уголовного права следует относить к мусульманскому (исламскому) сообществу правовых систем, а по детерминанте частного права – к континентально-европейской правовой традиции.

#### ЭЛЕМЕНТЫ ПРАВОВЫХ СИСТЕМ

##### Нормативно-правовой элемент правовых систем

Как уже отмечалось выше, нормативно-правовую основу национальных юридических систем составляет позитивное право различных государств.

В российской теории права принято говорить о двух крупных блоках внутри данного элемента правовых системы: о системе права[63] и о системе законодательства[64]. И хотя объемы этих понятий во многом совпадают[65], они отнюдь не тождественны друг другу. Так, отдельные текстовые части нормативного правового акта не могут быть признаны нормами права в точном смысле этого слова, а только нормативными положениями (в частности, преамбулы). А с другой стороны, не все нормы права юридической системы могут быть актуализированы в нормативных правовых актах.

Однако подобное методологическое разделение, принятое в российской теории права, не может быть тотальным образом разделено всеми без исключения национальными правовыми системами. Оно актуально прежде всего для романо-германского юридического мира, где основным источником права выступает нормативный правовой акт.

Структурирование позитивного права во многом предопределяется качественным своеобразием самих национальных правовых систем. Так, вслед еще за римской традицией в странах с континентально-европейским стилем правового мышления принято деление права на частное и публичное. В исламском мире подобное структурирование имеет во многом религиозные корни. Речь в данном случае идет о двух крупных правовых массивах: о «праве личного статуса» и о «праве властных норм»[66].

##### Организационный элемент правовых систем

Социальной материей для сравнительно-правового анализа в рамках данного аспекта объективации правовых систем становятся прежде всего различные институты публичного порядка, посредством которых право вызывается к жизни, вводится в общественную практику и получает обеспечительную силу государства. К таким объективациям следует относить правотворческие, правоохранительные, правоисполнительные, судебные институты. Их качественное своеобразие во многом предопределяется осевым вектором развития того сообщества правовых систем, к которому принадлежит тот или иной национальный правопорядок. Так, для стран англо-американского юридического мира представляется достаточно очевидным тот факт, что высшие судебные инстанции способны творить право. Тогда как в романо-германском юридическом сообществе вопрос о правотворческой функции суда по сей день остается дискуссионным и преимущественно разрешенным не в пользу актуализации судебных прецедентов как таковых. Также сущностную составляющую указанных выше институтов напрямую детерминируют и особенности построения механизма государства в рассматриваемом национально-территориальном поле. В частности, в абсолютных монархиях глава государства символизирует и правотворческие, и правоисполнительные, и судебные публичные институты.

##### Функциональный элемент правовых систем

В данном случае речь идет об оценке права как реально действующего феномена, о его применении на реальную плоскость жизни.

Мониторинг качественных составляющих тех функций, которые выполняет позитивное право отдельно взятого государства, позволяет оценить и сущностные аспекты всей правовой системы в целом. Так, в правовых системах советского лагеря явно прослеживалась тенденция к усилению репрессивной функции права.

Еще римские юристы говорили: «лучше закон отсутствующий, чем бездействующий». Зачастую в процессе своего развития правовые системы сталкиваются с проблемой отсутствия функционального аспекта воплощения правовых норм. Причины у этого явления могут быть разнообразные: отсутствие финансирования той или иной благой идеи законодателя, отсутствие социальной опоры проводимых в стране реформ, слепая рецепция зарубежных образцов правового регулирования без их переработки на национальную почву. В любом случае подобную деирархизацию правовой системы следует оценить как негативное явление, которое с необходимостью может вызвать ее надлом.

Когда мы говорим о праве как о реально действующем феномене, мы придаем этому словосочетанию безусловное объективное, а не субъективное значение. Конструкции психологической школы права и, в частности, профессора Л.И. Петражицкого[67], согласно которому, помимо положительного позитивного права, существуют еще детский, разбойничий, фантомный его аналоги, вряд ли могут получить свое закрепление в сравнительном правоведении[68].

Идеологический (культурно-ценностный) элемент правовых систем

Национальный правовой порядок каждого государства имеет в своей основе ту или иную культурно-идеологическую и цивилизационную основу. При этом следует сказать, что не только идеологическая экзистенция определяет с необходимостью ход развития национальных правовых систем, правовая система, в свою очередь, детерминирует направленность вектора трансформационного роста самой идеологической экзистенции. Ярким эмпирическим подтверждением подобного рода закономерности стала социальная жизнь России в XX веке. Марксистско-ленинская политико-правовая концепция, предопределившая вектор развития страны после октября 1917 года, в ходе своей реализации сама стала объектом глубоких реконструкций.

При выделении данного объекта сравнительного правоведения не следует также забывать об определенной конкуренции, которая имеется при его реализации с другими научными системами знаний и научными дисциплинами и прежде всего с философией права. Решение данной проблемы, касающейся предметов точного ведения разнородных научных систем в рамках юриспруденции, представляется следующим. Если для философии права имеет принципиальное значение мировоззренческая конструкция в преломлении к юридической школе или направлению с тем или иным субъектным составом (в данном случае мы можем говорить, в частности, о социологическом, психологическом, антропологическом направлениях в юриспруденции, а также о юснатурализме или юридической догматике как об отдельных школах права), то для сравнительного правоведения имеет принципиальное значение культурно-ценностная составляющая права применительно к национальному правовому порядку разной территориальной локализации. Когда мы говорим об идеологическом элементе, мы, в частности, можем сравнивать принципы построения той или иной правовой системы[69].

В российской юридической науке проблеме идеологического критерия построения национального правового порядка и соотношения его с нормативно-правовым основанием большое внимание уделял И.А. Ильин[70]. Определяя теоретические основы взаимодействия правового сознания и позитивного права, он, в частности, писал: «Право нуждается в правовом сознании для того, чтобы стать творческой силой, а правосознание нуждается в праве для того, чтобы приобрести предметную основу и объективную верность» [71].

Как видим из представленных выше иллюстративных образов, сравнительно-правовой научный поиск возможно проводить на нескольких уровнях оценки социальной материи. Соответственно объектами мегауровня сравнения выступают такие категории, как цивилизация и



групповые сообщества правовых систем различной качественной направленности, микросравнения – идеологический (культурно-ценностный), функциональный, организационный и нормативно-правовой элементы правовой системы, а мезоуровня – правовая систем как таковая.

## **§ 2. Понятийная и видовая оценка стиля правового мышления как социально-культурного феномена.**

### **Французская правовая система в образах континентально-европейского стиля правового мышления**

На предшествующих страницах монографического исследования нами был выдвинут детерминантный тезис о том, что стиль правового мышления, то есть определенный образ (манера) интеллектуальной деятельности, в правовой сфере может быть использован юридической доктриной как одно из оснований дифференциации мирового юридического пространства на отдельные качественно заданные сообщества.

Речь идет о пролонгации на юридической карте современного мира четырех основных стилей правового мышления (СПМ):

- 1) континентально-европейского;
- 2) англосаксонского;
- 3) традиционного;
- 4) религиозно-доктринального.

#### *1. Континентально-европейский стиль правового мышления*

Первоначальной зоной распространения континентально-европейского стиля правового мышления стала, что является вполне очевидным, континентальная Европа. Именно в ее территориальных пределах идея замены внутрисоциального способа правообразования на его внешнесоциальный, законодательный аналог получила первоначальные пролонгации. Преодолевая партикуляризм политический, государства средневековой Европы стремились и к централизации механизмов и способов правового регулирования. При этом изначально юридическая централизация велась на материальной основе предшествующих юридических образов. В частности, на базисах юридической системы Древнего Рима. Юридические школы глоссаторов и консилиаторов в данном случае выступили как своего рода проводники вертикальной правовой преемственности.

Окончательно юридическая централизация стала атрибутом государств континентальной Европы только к началу XIX века, когда законодательный способ правообразования достиг наивысших точек систематизации. Речь в данном случае идет не только о повсеместной включенности европейских государств в кодификационную мистерию, но и в учреждении ими конституций[72].

В эти же временные пределы состоялось и основное деление континентально-европейского юридического мира на мир романский и мир германский[73]. К романской группе, в частности, относят правовые системы Франции, Италии, Испании, Бельгии, Люксембурга.

К германской группе – правовые системы ФРГ, Австрии, Швейцарии и ряда других государств.

И хотя в своей целостности правовые системы романо-германского конгломерата обладают общими специфическими чертами:

- 1) приоритет закона как главного инструмента в создании национальной правовой системы;
- 2) горизонтальное структурирование национальных правовых систем вслед за римской традицией на право частное и право публичное;
- 3) кодификационный характер правового феномена;
- 4) вертикальное структурирование правовых систем по отраслевому принципу.

Каждый из названных блоков правовых систем романо-германской идентификационной ориентации имеет и свои специфические черты.

В дальнейшем континентально-европейский стиль правового мышления стал предметом вертикальной и горизонтальной преемственностей в регионах, далеких от европейского континента как такового. Так, удачная колониальная политика европейских держав в Латинской Америке (прежде всего Португалии и Испании) стала политико-правовой детерминантой перенесения европейских юридических образов на новые социальные площадки.

В данном случае были восприняты следующие базовые принципы формирования правовых систем.

1. Основным источником права является нормативный правовой акт (закон и подзаконные акты).

2. Имеются две подсистемы права: частная и публичная. Знаменательно, что институт собственности как основной институт публичного права согласно конституциям латиноамериканских стран имеет социальную функцию; в случае необходимости частная собственность может быть ограничена и даже экспроприирована в «целях социального благосостояния».

3. Право дифференцировано также на подсистемы – материальное (конституционное, гражданское, семейное, административное, уголовное и др.) и процессуальное (гражданско-процессуальное, уголовно-процессуальное, административно-процессуальное, трудовое процессуальное). Отрасли включают институты права. Следует отметить, что административное право начало складываться как самостоятельная отрасль права с середины XIX в. Эта отрасль права имела противоречия: с одной стороны, административное право рассматривалось как гарантия осуществления прав человека, с другой – как «право администрации». Ныне, в условиях демократизации обществ, главными задачами становятся: защита прав человека от произвола администрации; стабилизация управления; обеспечение эффективного общественного развития; в сфере территориального управления – стимулирование самоуправления в рамках социально-культурных территориальных объединений.

4. Норма права служит основой системы права и воспринимается как образец поведения общего абстрактного характера, сформировавшийся в обществе и сформулированный (санкционированный) государством.

5. Проводится кодификация отраслей права. Кодификация права началась в XIX в. Гражданские кодексы стран Латинской Америки испытали влияние Гражданского кодекса Франции в разной степени. Французский оригинал положен в основу кодексов Гаити (1825), Боливии (1830, 1975), Доминиканской Республики (1845–1884), в меньшей степени – Мексики (1870–1884, 1928–1932). Гражданский кодекс Чили 1855 г. заимствовал ряд положений Гражданского кодекса Франции. В целом он базировался на институтах и категориях испанского права. Его создатель Андреа Белло использовал также традиционные институты римского права и идеи немецкого ученого Савиньи. В структурном отношении чилийский Гражданский кодекс более совершенен, чем французский, поэтому он служил образцом для гражданских кодексов Эквадора (1860), Колумбии (1873), а также Венесуэлы (1862) и Уругвая (1868). Результатом оригинального южноамериканского законотворчества, как и Гражданского кодекса Чили, является Гражданский кодекс Аргентины 1867 г. (вступил в силу в 1871 г.).

Его основу составляют ряд источников: Гражданский кодекс Франции, Гражданский кодекс Чили, испанские законы, научные труды французских и других авторов, в частности бразильца Тексейера де Фрейтаса о кодификации и систематизации права – consolidation. Образцами Гражданского кодекса Бразилии 1916 г. послужили Гражданский кодекс Франции, Португалии, Италии и особенно Германии[74].

Однако говорить о том, что сегодняшние правовые системы стран Латинской Америки носят внемозаичный характер, нельзя. По сути, они выступают, с одной стороны, конгломера-

том заимствованных моделей построения юридического бытия (в отношении частного права – по романскому вектору, в отношении публичного и прежде всего конституционного права – по американскому вектору), а с другой – наследником традиционного прошлого своих национально-культурных общностей.

## *2. Англосаксонский стиль правового мышления*

Обращаясь к ретроспективе англосаксонского стиля правового мышления, следует отметить, что первоначально он был локализован в гораздо более узком ключе, чем континентально-европейский его аналог, представляя правовой данностью только лишь одной страны – Англии. Так же как и ее континентальные соседи, данное островное государство стремилось преодолеть свое партикулярное прошлое, создав более или менее централизованную политико-правовую модель настоящего[75]. Инструментальным началом для подобного рода реформаторского движения стал тезис об индуктивном способе правообразования под формальными флагами судебных решений.

Когда же Англия созрела для указанного революционного шага в развитии своей юридической антологии?

По общему мнению специалистов, эпохальным годом в развитии английской правовой системы стал 1066 год[76]. Именно «с этого периода времени начинается и развитие общего права, действующего во всей Англии» [77].

В дальнейшем развитие английской правовой системы было качественно насыщено двумя этапными модулями.

На первом этапе активно велась работа по поиску казуальных данностей для формирования общего для всей страны юридического будущего. В первую очередь источником права в гносеологическом или историческом значении этого слова для судейского (прецедентного права) Англии стали местные обычаи, а также отчасти нормы римского и канонического права.

Описывая процесс имплементации в судебные основания правовой системы новых для нее качественных нормативных основ, профессор Х.Н. Бехруз пишет следующее.

Судьи королевских судов селились в одном из районов Лондона, откуда выезжали для судебных разбирательств. Разъездные суды, осуществляли правосудие, знакомясь с местными обычаями, корректировали их дошедшими с континента нормами римского и канонического права, а также, возможно, и нормандскими законами. Возвращаясь в Лондон, совместно обсуждали рассмотрение дела, суммировали обычаи, чтобы вывести общее правило для единообразного рассмотрения дел в будущем. В ходе дискуссии вырабатывали общую позицию по аналогичным делам. Через них, главным образом, и шел процесс образования общего права. С течением времени общее право перестает совпадать с обычным правом и нормы, установленные королевскими судами, безоговорочно доминируют. При этом судьи руководствовались прежде всего интересами центральной королевской власти.

Начиная с XII в. королевские суды заседали в Вестминстере. С течением времени происходил процесс расширения компетенции судов, совершенствовалась судебная процедура. На исходе Средневековья королевские суды, по существу, стали единственными органами правосудия. Муниципальные и торговые суды рассматривали малозначительные дела, церковные суды рассматривали лишь дисциплинарные проступки священнослужителей и дела, связанные со святостью

брака[78].

На втором же из названных этапов английская правовая система сделала попытку преодолеть формализм архаического общего права путем создания юснатуралистического по своему звучанию института Law of Equity – «Права Справедливости».

Как подчеркивает профессор А. К. Романов, недостатками общего права, которые призван был устранить в том числе и новый компонент правовой системы Law of Equity, следует считать:

- чрезвычайную строгость, формализм и негибкость норм;
- признание единственной санкции в гражданском праве – денежной компенсации, а в уголовном праве единственного наказания – смертной казни;
- отсутствие средств обеспечения явки свидетелей в суд;
- медлительность и дороговизну судебной процедуры;
- множество нареканий в адрес системы приказов суду, которая препятствовала демократизации суда и не учитывала потребности правового развития страны[79].

В XIII–XV вв. в связи с большими изменениями в феодальном обществе Англии, в частности, с развитием товарно-денежных отношений, ростом городов, упадком натурального хозяйства, переходом от феодального натурального хозяйства к товарно-денежным отношениям, возникла необходимость выйти за жесткие рамки закрытой системы уже сложившихся прецедентов. Эту роль взял на себя королевский канцлер, решавший в порядке определенной процедуры споры, с которыми их участники обращались к королю. Завершается этот период в XIV в. первым кризисом системы общего права, который привел к появлению сугубо английского феномена – права справедливости. Таким образом, наряду с общим правом сложилось право справедливости. В Англии до 1873 г. существовал дуализм судопроизводства: помимо судов, применяющих нормы общего права, существовал суд лорд-канцлера, применяющего нормы права справедливости, которые формировались в результате рассмотрения различных дел судом лорд-канцлера. Принципы, применяемые лорд-канцлером, были заимствованы из канонического и римского права, что помогало преодолеть многие устаревшие нормы общего права и выносить справедливые решения. С середины XIX в. начинается новый этап в развитии английского общего права, который продолжается по настоящее время. Он связан с правовыми реформами XIX в. Неупорядоченность системы судов, неясность апелляционного порядка и в конечном счете подсудности привели к необходимости судебной реформы. Начало ей было положено организацией судов графств. В 1852 г. рядом законодательных актов были сближены процессуальные порядки в судах лорд-канцлера и в судах общего права[80].

Новейший период развития английского права был ознаменован в том числе и конституционной реформой 2005 г.

В 2003 году правительство объявило об упразднении аппарата лорд-канцлера, одновременно учредив министерство по конституционным делам Великобритании во главе с лорд-канцлером Фальконе. Если раньше пост лорд-канцлера мог занимать только юрист, то в соответствии со ст. 2 закона о конституционной реформе 2005 г. достаточно, чтобы его компетенцию и опыт работы положительно оценил премьер-министр[81].

В дальнейшем, преодолевая границы времени и пространства, представленный стиль правового мышления получил распространение в регионах Африки, Австралии, Северной Америки. При этом правовые системы реципиентов англосаксонского стиля правового мышления, хотя и сохранили общий курс в развитии правового феномена, синхронизируемый с правовой системой Великобритании, качественно насытили собственные нормативные основания аутентичными ценностями и образами.

Так, например, если мы обратимся к опыту онтологизации правовой системы США, то увидим, что данная правовая система отличается определенными качественными особенностями по сравнению со своим европейским донором.

1. В систему источников права в формально-юридическом значении этого слова включены общегосударственная Конституция, конституции штатов, а также значительное число кодифицированных правовых актов.

2. Национальный правопорядок построен по федеративному принципу и имеет ярко выраженный двухуровневый характер.

3. Роль и значение статутного права значительно выше, чем в Великобритании.

4. Влияние римского частного права на формирование правовой системы имеет скорее фрагментарный, нежели универсальный характер (только штаты, бывшие ранее французскими и испанскими колониями, приняли кодексы романского типа – Луизиана, Калифорния).

### *3. Традиционный стиль правового мышления*

Первоначальной благодатной социальной почвой для распространения представленного стиля правового мышления стали социальные общности, не достигшие стадии государственности, либо раннеклассовые государства как таковые.

Нормативной генерацией данного стиля правового мышления стала собирательная категория[82] *droit spontané*. Во французской юридической доктрине под данным термином принято понимать не что иное, как совокупность социальных норм, возникающих внутри самого общества стихийным образом на основе многократного повторения того или иного правила поведения, направленного на удовлетворение потребности отдельных человеческих групп в социальном регулировании определенных групп отношений[83].

Визитной карточкой имплементации представленного стиля правового мышления выступил общий головной тезис о внутрисоциальных способах:

I) образования правовых предписаний[84];

II) внешней презентации правовых предписаний[85];

III) обеспечения действия общественных норм[86];

IV) формирования убежденности самого человека в необходимости и верности соответствующего правила поведения[87].

Примечательно заметить, что традиционный СПМ стал для человечества столь универсальным, сколь и исторически данным взглядом на проблемы понимания права и его образования. Какими бы дорогами ни следовали, в частности, европейские правовые системы к моменту собственной институализации, будь то «чистые образы» континентальной или островной Европы или микстовые конструкции правового устройства скандинавских государств, все они без исключения проходили через пределы традиционной стилистики правового мышления.

К настоящему периоду времени мы можем со всей очевидностью сказать, что правовые системы Африки и Мадагаскара последовательно разделяют базисы традиционного стиля правового мышления.

В целом же в истории институализации традиционного стиля правового мышления на юридических картах мира просматриваются две протяженные эпохи:

– эпоха бесконкурентного существования, когда архаические общества по причине автономности и закрытости собственного бытия смогли на длительный период времени пролонгировать аутентичные партикулярные архетипы социального общежития;

– эпоха нелегкой конкурентной борьбы с позитивистскими в своей основе юридическими системами.

В реалиях же сегодняшнего дня, в эру глобализации традиционный стиль правового мышления получил в локальных предметах социального регулирования новое рождение и новые точки для имплементации. Так, интенсификация сетевой взаимосвязи между объектами, предметами и процессами объективного мира на уровне межсоциального, а не только на уровне межгосударственного, дала мировой юриспруденции такие феномены, как *Lex mercatoria* и *ИНКОТЕРМС*.

### *4. Религиозно-доктринальный стиль правового мышления*

Как мы уже писали ранее, религиозно-доктринальный стиль правового мышления имеет перманентные точки актуализации в клерикальных и теократических государствах. Общей

детерминантой его распространения в той или иной социальной общности становится тезис о том, что право выступает продуктом божественной воли, его создание – это процесс религиозного откровения, который репродуцируют на материальную плоскость либо авторы священных книг, либо доктрины этих текстов.

Взаимодействие религиозной и рациональных основ в правовых системах, построенных согласно представленному идейному базису, прослеживается на уровне характерного для них соотношения объективного и субъективного права. Объективное право согласно религиозной доктрине права относится к религиозной сфере и связывается с основополагающими религиозными источниками (в иудаизме – Тора и Талмуд, в исламе – Коран и Сунна), в которых отражается Божья воля. Субъективное право представлено в форме рациональной интерпретации и конкретизации данной воли теологами-правоведами, формулирующими конкретные правила поведения людей, исповедующих соответствующую религию. То есть если исходные начала религиозных правовых доктрин носят исключительно религиозный характер, то в позитивном религиозном праве как в системе действующих юридических норм преобладающим является рациональный фактор[88].

Обращая научный поиск на юридические антологии прошлых и действующих юридических карт мира, можно говорить о презентации представленной стилистики правового мышления в рамках систем:

- индусского права;
- иудейского права;
- исламского права.

В рамках каждой из названных систем юридических координат религиозно-доктринальный стиль правового мышления приобретает те или иные качественные оттенки.

Каковы же они?

Дадим в табличной форме компаративный анализ презентаций религиозно-доктринального стиля правового мышления в каждой из названных выше систем.

Название религиозной системы  
Религиозные источники права *stricto sensu*  
Доктринальные источники права

#### I. Иудейское право

1\*

Ветхий Завет Талмуд  
Указы и постановления

2\*

Решения еврейских судов

3\*

#### II. Индусское право

Веды  
Дхармашастры

4\*

Нибандхазы

5\*

### III. Исламское право

6\*

Коран Сунны

Иджма Кияс Фетвы Ферманы

Как видим, временные точки актуализации религиозных источников права *stricto sensu* представлены в мозаичном ключе. Однако, какова бы ни была их первоначальная темпоральная точка отсчета, при сложившейся стилистике правового мышления они реализуют в себе статический, с одной стороны, и цементирующий с другой, элемент всей юридик-религиозной системы. Что касается доктринальных источников права, то они, напротив, служат цели динамической направленности системы, давая через субъективно данное аутентичные ответы на вызовы изменяющейся социальной среды.

Таковыми предстают перед нами образы стилистики правового мышления разных точек временной, пространственной и социальной имплементаций.

В отношении Франции следует заметить, что ее юридическое настоящее и прошлое традиционно идентифицируют с точки зрения детерминант континентально-европейского стиля правового мышления, то есть образа (манеры) интеллектуальной деятельности в юридической сфере, где доминирует внешний по отношению к социальной среде (как правило, законодательный) способ правовообразования[89].

Временем начала генерации французской правовой системы представленной выше групповой направленности с определенной долей условности можно назвать XVII век, пришедшей на смену детерминантам традиционного (обычно-правового) способа правообразования. В пользу этого утверждения говорят исторические свидетельства, подтверждающие появление именно нормативно-правовых регуляторов общественных отношений, прежде всего Ордонансов. В этом же столетии в Сорбонне впервые в истории страны открывается кафедра французского права (1679 г.).

Ордонансы Людовика XIV по сути, стали прообразами и отчасти источниками права в гносеологическом значении этого слова для универсальных кодификаций XIX столетия. Так, в Ордонансе 1667 г. по вопросам реформирования судебной системы мы находим явные модельные положения для Гражданско-процессуального кодекса 1806 г.; в так называемом криминальном Ордонансе 1670 г. – для Уголовно-процессуального кодекса 1808 г.; в Торговом Ордонансе 1673 г. – для Торгового кодекса 1807 г.

Окончательное укоренение на французской социальной почве континентально-европейского стиля правового мышления произошло в конце XVIII столетия, когда правовой сепаратизм Кутюмов ушел в небытие, уступив место доктрине единства правовой системы Франции. Такому во многом судьбоносному повороту в своей истории Франция обязана, безусловно, политическим событиям 1789 г. Отныне только закон вправе был ограничивать свободу индивида, он же гарантировал равенство граждан в реализации их личных и имущественных прав. Как отмечают французские авторы, вслед за созданием первых кодификационных актов французская юриспруденция впала в настоящую «мистическую зависимость от закона» [90].

Встав на континентально-европейские рельсы, французская правовая система в дальнейшем развивалась созвучно с другими правовыми системами так называемой романской групповой направленности, то есть ей были свойственны такие качественные характеристики, как:

1) отсутствие тотальной рецепции римского права вследствие:

а) развитости местных обычаев (кутюмов), которые широко использовались;

б) влиятельного положения судей (в частности, судей Парижского суда), поддерживающих королевскую власть и заинтересованных в развитии местного права;



2) кодексы как основные источники права – устаревшие (наполеоновской эпохи), наравне с ними действуют новые законодательные акты, которые группируются (консолидируются) без «переосмысления» совокупности норм отраслей права, чем подрывается принцип верховенства кодексов в иерархии нормативных правовых актов;

3) нормотворческая функция исполнительной высшей власти шире по сравнению с Германией: правительство издает ордонансы, декреты, решения, постановления и другие акты, значение которых в системе источников права велико;

4) принципы права признаются в качестве самостоятельного источника права, особенно в тех отраслях права (административное право), где имеются пробелы;

5) судебная практика рассматривается в качестве субсидиарного источника права – «источника в рамках закона» (авторитетными для судьи считаются предыдущие судебные решения);

6) публично-правовые приемы в регулировании отношений между частными лицами используются больше, чем в германской группе.

7) решения Конституционного Совета ограничены сферой предварительного контроля над конституционностью законопроектов и не оказывают существенного влияния на действующие законы и подзаконные акты, как это свойственно Германии;

8) международные договоры или соглашения, ратифицированные или одобренные надлежащим образом, признаются в качестве источника права;

9) использование институционной системы построения гражданских кодексов – Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) состоит из разделов (институтов): лица, вещи, способы приобретения вещей (обязательства). В нем имеется краткий «Вводный титул об опубликовании, действии и применении законов вообще», содержащий нормы более широкого значения, чем гражданско-правовые (типа конституционных). Практически Общая часть отсутствует[91].

Сегодня, всматриваясь в ретроспективные очертания французской правовой системы, следует со всей очевидностью признать тот факт, что ей не были свойственны те скачкообразные революционные преобразования национального правопорядка, которые потрясли отечественную правовую систему.

Однако представленное утверждение вовсе не означает, что основные элементы правовой системы – ценностный, нормативный, институциональный – не проходили сквозь горнила изменчивости, в той или иной мере трансформируя первоначальные заданные точки эволюционного курса.

В представленных ниже главах монографического исследования нами будет проведен доктринальный анализ упомянутых выше сегментов французской правовой системы, указаны векторы дисперсии французского права как такового, а также представлена гносеологическая оценка феномена глобализации в эмпирических данностях французского правопорядка.

## Глава II

# Ценностное измерение французской правовой системы

### § 1. Ретроспективный анализ мировоззренческих платформ онтологизации французской правовой системы

Национальный правопорядок каждого государства имеет в своей основе ту или иную культурно-идеологическую и цивилизационную основу. Во многом именно эти базисы определяют ход эволюционного развития национальных правовых систем и качественную направленность аттракторов в точках бифуркационного излома. Аксиологический анализ указанных идеологических платформ функционирования правовых систем современности имеет безусловную ценность как с точки зрения аналитико-ретроспективных задач, стоящих перед юридической наукой, так и в отношении прогностических функций юриспруденции.

Ретроспективный мониторинг гуманитарных течений, школ и иных вариантов доктринальных экзерсисов XVII–XXI вв. позволяет говорить сразу о нескольких направлениях в социальной науке детерминирующих пролонгаций ценностного измерения французской правовой системы настоящего и прошлого.

Какова же природа указанных социальных доктрин и в чем проявляется функциональная направленность их преломления? Попытаемся последовательно ответить на эти вопросы.

Исторически первой крупной социальной доктриной, оказавшей первостепенное детерминирующее воздействие на формирование континентально-европейского стиля правового мышления во Франции, стала социальная платформа эпохи Просвещения, и прежде всего *доктрина «рационалистического естественного права»* [92], рассматривающая содержание права с позиции существования естественного права как выражения разумной природы человека. Ярким выразителем идей этого этического направления стал Ш.-Л. Монтескье. Своеобразие этой модели юснатурализма в интерпретации Ш.-Л. Монтескье было связано во многом с двойственностью взгляда просветителя на само существо социально-правового пространства. По образному выражению немецкого философа Ф. Мейнеке, Ш.-Л. Монтескье удалось посмотреть на общество не только сверху, «глазами государственного деятеля» [93], но и снизу, «исходя из потребностей управляемых индивидов» [94]. В данном случае его взгляды нельзя синхронизировать с этической платформой Ж.-Ж. Руссо, который в своей первой книге «Об общественном договоре» писал, что: «Меня могут спросить: разве я государь или законодатель, что пишу о политике. Будь я государь или законодатель, я не стал бы терять время на разговоры о том, что нужно сделать, – я либо делал бы это, либо молчал» [95]. Ш.-Л. Монтескье в большей степени, чем его единомышленники по «цеху» Просвещения, был способен связать «идею о праве» с правом как таковым. Конечно, как и Д. Дидро [96], он рассуждал о социально-правовых феноменах с точки зрения «должного», утверждая, в частности, что закон есть человеческий разум, поскольку он управляет всеми народами земли, а политические и гражданские законы каждого народа должны быть не более как частными приложениями этого разума» [97]. Однако указанное обстоятельство отнюдь не мешало ему критиковать отдельные объективации «человеческого разума» в лице нерадивых проявлений законодательной воли. Так, в «De l'Esprit des lois» мы находим красноречивый пример двух несправедливых законов, изданных в разные исторические эпохи, но имеющих одинаковое содержательное наполнение (Ш.-Л. Монтескье называет их не иначе, как «разбоем»). Речь идет о неудачном опыте заимствования французской правовой системой римского закона, касающегося запрета на хранение в доме денежных средств сверх лимитированной суммы (в эпоху Цезаря – 60 сестерциев) [98].

При этом следует заметить, что именно «рациональная» составляющая того «естественного права», которое декларирует Ш.-Л. Монтескье в «Духе законов», позволила ему перевести указанные выше описания несправедливых законов различных исторических эпох из разряда пустого сотрясания воздуха в разряд конструктивной критики, способной не только обличать, но и созидать. Мы имеем в виду, конечно же, те инструментарии законодательного созидания, которые вошли ныне во все учебники по юридической технике[99] и которыми смогли воспользоваться строители французской правовой системы постреволюционной эпохи.

Помимо доктрины «рационалистического естественного права», эпоха Просвещения дала континентально-европейскому стилю правового мышления и другие немаловажные генетические основы. Именно в этот исторический отрезок времени с достаточной очевидностью начал проявлять себя «юридический мистицизм»[100], то есть социальная доктрина, воспринимающая правовой феномен (в субъективном и объективном значении этого слова) как некую догму, не имеющую под собой рациональных обоснований. Когда Ж.-Ж. Руссо в «Общественном договоре» пишет, что «l'homme est né libre», то есть «человек рожден свободным», мы имеем дело с декларацией как раз такого догматического порядка. В данном случае на общем фундаменте юснатурализма французская правовая система получила догму чисто юридического порядка. Именно эта догма, декларирующая неотчуждаемость ряда субъективных прав личности (права на жизнь, на достоинство личности, на свободу и т. д.), стала для вершителей Великой французской революции надежной идеологической платформой и руководством к действию. Благодаря ее реализации на практической ниве Франция смогла стать пионером в европейском территориальном пространстве в деле юридического провозглашения и закрепления основ правового статуса «человека свободного». Мы имеем в виду, конечно же, принятие Национальным Учредительным собранием в августе 1789 г. *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*.

Можно оценивать «юридический мистицизм» естественно-правовой школы права с различных позиций. В юридической литературе мы можем встретить порой диаметрально противоположные точки зрения по этому вопросу: от крайне правых и позитивных до крайне левых и негативных. Однако эти взгляды будут лишь теоретическими оценками указанного идеологического феномена. Нас же в большей степени интересует его практическое преломление. Тот факт, что современная французская Конституция 1958 г., Конституция V Республики сохранила пролонгацию действия Декларации прав человека и гражданина 1789 г., включив ее в свое содержание, говорит о многом. И прежде всего о том, что внешний по отношению к социуму способ созидания права, свойственный континентально-европейскому стилю правового мышления Франции, впитал в себя догмы юснатурализма и придал им силу закона в формально-юридическом значении этого слова.

Как уже отмечалось выше, революционные события 1789 г. оказали первостепенное влияние не только на развитие французской политической, но и правовой систем. Революционные набаты по сути сыграли похоронные марши традиционному феодальному праву Франции. При этом, если первое десятилетие после свершения Великой французской революции прошло явно под эгидой естественно-правового этического учения (в самых различных его проявлениях!), то начало девятнадцатого столетия ознаменовало собой появление совершенно нового для французской правовой системы идеологического базиса – «юридического фетишизма». Отчасти это этическое направление можно назвать одним из многочисленных вариантов внешней объективации «юридического мистицизма»[101]. Но в отличие от аналогичного направления в естественно-правовой школе права, речь о котором шла выше, «юридический фетишизм» начала XIX в. во Франции имел совершенно иные генетические корни. Ослепленные политическими событиями конца XVIII столетия, французские законотворцы искренне уверовали в то, что смогут создать непогрешимые юридические предписания, а создав некий комплекс правовых норм, возвели их в разряд догмы и фетиша. Если применить образную

конструкцию, то можно (с определенной долей условности!) сравнить «юридический фетишизм» с идеей «государственного суверенитета». В обоих случаях мы имеем дело с обусловленностью феноменов (в первом случае правового, во втором – политического характера) с точки зрения внутренних основ их существования, а не внешних. В противоположность, например, конструкции народного суверенитета, где источником детерминированной объективации выступает народная воля, или «юридического мистицизма» в его естественно-правовом или религиозном преломлениях, где соответственно Демиургом догматических предписаний выступают Природа и Бог.

Фетишем в данном случае в первую очередь выступили знаменитые «les cinq codes» (пять кодексов): Code Civile 1804 г., Code de procedure Civile 1806 г., Code de Commerce 1807 г., Code d instruction Criminelle 1808 г., Code Pénal 1810 г. (Гражданский кодекс, Гражданско-процессуальный кодекс, Торговый кодекс, Уголовно-процессуальный кодекс, Уголовный кодекс). Как подчеркивает Э. Аннерс, «les cinq codes» являлись «наиболее полной кодификационной работой, появившейся в западноевропейских странах после «Corpus Juris Civilis», институализирующей «сумму всего социального прогресса демократической революции»[102]. Указанные кодификационные акты действительно являлись блистательными образцами юридической мысли своей эпохи, о чем свидетельствует устойчивость их существования во времени[103] и идеологическое распространение в пространстве[104].

Прямым следствием институализации на французской идеологической правовой карте такого этического течения, как «юридический фетишизм», стало появление «экзегетической школы толкования»[105] («L'École de l'exégèse»[106]). В данном случае адепты этого юридического направления (А. Дюрантон, Ш. Тулье, Ф. Лоран и Ш. Демолемб), используя еще античный подход к существу процесса толкования, попытались создать сугубо формально-юридическую модель интерпретационного процесса. Как отмечают французские исследователи, учение о толковании «L'École de l'exégèse» можно свести к двум несложным тезисам: «все право помещается в писанный закон; юрист должен просто извлечь его оттуда, следуя за волей законодателя» [107].

Какими же методами пользовались экзегеты для того, чтобы в полной мере уяснить смысл законодательной воли? На первом месте в череде интерпретационных инструментариев стояли, безусловно, логические средства. В рамках логического анализа использовались различные суждения: «a pari», «a fortiori», «a contrario». Так, толкование ст. 6 Французского гражданского кодекса, согласно которому «заключаемые частные соглашения не могут нарушать законы, которые затрагивают государственное устройство и правила приличия» с использованием принципа «a contrario» («от противного»), позволяло экзегетам ФГК прийти к следующим немаловажным выводам: «заключаемые соглашения могут включать положения, нарушающие те законы, которые не касаются ни государственного строя, ни правил приличия». Техника экзегетического толкования также включала в себя грамматический анализ самого текста закона и исторический мониторинг процесса его создания. Порой для того, чтобы понять мысль законодателя, необходимо было обращаться к опубликованным работам, предварявшим принятие закона (материалы парламентских дебатов и комиссий и т. д.), а иногда и к источникам права в гносеологическом смысле этого слова (исторические прецеденты и кутюмы). В череде направлений интерпретационного поиска «L'École de l'exégèse» следует назвать и анализ не только «буквы» закона, но и его «духа». В данном случае имеется в виду не только «дух» конкретного закона, но и «дух» целых отраслей права. Поэтому в систему экзегетической методики толкования включалась работа по сопоставлению текстов различных законов с целью отыскания общей объединяющей их законодательной идеи.

Оценивая представленную выше идеологическую платформу «юридического фетишизма», следует отметить, что ее детерминанты получили дальнейшее развитие во французской правовой системе (вплоть до настоящего времени), эволюционируя в юридический

догматизм менее строгого порядка. Однако принципиальная недооценка потенциала диалектического развития правового феномена, его определение как заданного явления вне влияния временных факторов, способного решить все проблемы регламентации общественных отношений настоящего и будущего, изначально поставили под угрозу беспощадной (и надо отметить вполне оправданной!) критики весь комплекс теоретических конструкций «юридического фетишизма». Именно этот априорный изъян сугубо догматического порядка стал основной причиной появления на идеологической сцене французской правовой системы нового подхода к существу правового феномена. Этим подходом стало социологическое учение о праве [108], которое, по словам президента Академии гуманитарных и политических наук Французской Республики Франсуа Тэре, «получило во Франции постоянную прописку» [109].

Каковы же основные теоретические основы этого учения и в чем проявляется специфика их институализации во французском юридическом пространстве?

Временем объективации социологической школы права во французской правовой системе следует считать XIX век. Хотя следует признать, что исторические корни социологического учения о существе общественных процессов можно найти еще в трудах античных мыслителей. Как совершенно справедливо отмечает Ж. Карбонье, проявлением безусловной социологической интуиции следует считать работы Гераклита, который «с успехом применил к правовым явлениям свое учение о противоположностях, конфликтах, диалектике справедливого и несправедливого» [110].

Как уже отмечалось выше, социологическое учение о праве получило объективацию на волне критики классической догматической юриспруденции. В XIX – начале XX в. развитие этого учения связывалось, прежде всего, с течением «свободного права» [111]. Во Франции его апологетами стали Ф. Жени, Р. Салейль [112], Э. Ламбер [113], в Бельгии –

В. Эйкен [114]. Эпохальным событием в данной связи следует считать выход в свет работы Ф. Жени, посвященной проблемам юридической интерпретации «*Méthode d'interprétation et source en droit privé positif*» [115], в которой не только было представлено социологическое видение существа правового пространства, что делалось и ранее, но, что особо важно подчеркнуть, предлагался принципиально новый метод толкования юридических предписаний – «*Méthode de la libre recherche scientifique*» («Метод свободного научного поиска»).

Во многом камнем преткновения между выразителями идей «*L'École de l'exégèse*» и апологетами «*Méthode de la libre recherche scientifique*» стало неоднозначное толкование представителями этих течений ст. 4 Французского гражданского кодекса, которая устанавливает, что «судья, который откажется судить под предлогом молчания, темноты или недостаточности закона, может подлежать преследованию по обвинению в отказе в правосудии» [116]. Юридические догматики («комментаторы» кодифицированных актов, как называли их во Франции) настаивали на том, что «Кодекс потому запрещает судье прикрываться молчанием закона, что, по мысли его создателей, кодификация французского права должна была выявить совокупность общих принципов, вполне достаточных для потребностей практики», в силу чего «неполнота отдельно взятого закона кажется лишь кажущейся, и судья не вправе на нее ссылаться». Идеологи «свободного права», напротив, настаивали на том, что «в случае неполноты или отсутствия закона судья не может отказать в правосудии, но найти решение он должен путем анализа фактов, лежащих вне права, т. е. на основе «свободного права» [117].

Доктринальный анализ работ представителей французской школы «свободного права» свидетельствует о том, что идейная платформа этой школы была чрезвычайно мозаична. Мозаичность эта проявлялась и в неоднородности взглядов самих ученых внутри теоретического пространства этого юридического направления и во многом в переплетении их научных платформ с идеологическими базисами других этических направлений. Так, чрезвычайный субъ-

ективизм интуитивного вектора действия Ф. Жени («les lumières fugitives de la conscience individuelle») подвергался резкой критике со стороны его коллег[118] (в своих научных поисках «искания правды» он действительно доходил порой до абсурдных выводов, предлагая законодателю «расширить или, наоборот, сузить поле, предоставленное обычаю или свободному усмотрению судьи»[119], тем самым сознательно допуская существование пробелов с ведома законодателя!). С другой стороны, в отдельных компонентах правовой доктрины существует первостепенная связь между течением «свободного права» и идеологами «юридического романтизма»[120] в лице исторической школы права. Подобные точки пересечения юридических конструкций мы можем, в частности, найти в идеологической платформе Р. Салейля. Для него, как и для Г. Гуго и К. Савиньи, генетические основы права виделись прежде всего в «коллективной психологии» людей. Знание ее законов, подчеркивает Р. Салейль, дает возможность понять факторы, которые направляют эволюцию права, юридический прогресс[121].

В XX в. центры юридической социологии переместились из французских пределов главным образом в страны англо-американского мира. Именно в этих странах это юридическое направление получило свое практическое преломление. Весомый вклад в развитие идей юридической социологии внесли американские юристы О.У. Холмс, Р. Паунд, Б.Н. Кардозо.

А что же Франция? Она так и осталась страной, лишь декларирующей социологическо-правовые детерминанты, никоим образом не пытавшейся привнести идеологические базисы этой школы на практическую ниву собственной национальной правовой системы? Однозначно положительный ответ на этот вопрос был бы не столь очевидным, как кажется на первый взгляд. И виной тому прежде всего проблема толкования с использованием метода «свободного научного поиска». Сегодня французский правоприменитель утилизировать его так же, как и классические логико-грамматические приемы «L'École de l'exégèse», а значит, мы смело можем констатировать, что школа «свободного права»[122] нашла себе пристанище в функциональной нише французской правовой системы. Другое дело, что многие идеи этой школы так и остались объективацией научных работ, а не реальной практикой жизни. Но это во многом дело времени, а может, и людей, которые в это время творят.

Говоря о культурно-ценностных основаниях французской правовой системы, нельзя избежать оценки и *юридического либерализма*, который к настоящему периоду времени стал предметом небезосновательной гордости граждан Французской Республики в сепаративном ключе и всей современной французской нации в целом.

Но вначале остановимся на проблеме доктринальной оценки указанного выше социального течения.

Эволюция либерализма – это история учений о свободе, категории многоаспектной и многозначной. Ш.-Л. Монтескье в данной связи весьма красноречиво писал: «Нет другого слова, которое получило бы больше различных значений и повлияло бы на умы столь разнообразно, как слово «свобода». Одни посчитали ее за возможность свергнуть государя, которому они дали тираническую власть; другие – за право избирать того, кому они должны повиноваться; третьи сочли ее правом носить оружие и проявлять жестокость; иные – привилегией иметь в правлениях человека своей нации или подчиняться лишь собственным законам. Некий народ принимал свободу за обычай носить длинную бороду...»[123]

Принято считать, что либерализм – это результат развития западноевропейской культуры. Как отмечает профессор В.Н. Жуков, «классический либерализм формируется в Новое время[124]». Его творческие основания, как подчеркивает К.С. Гаджиев, «восходят к Ренессансу, Реформации, ньютоновской научной революции. У ее истоков стояли Дж. Локк, Ш.-Л. Монтескье, И. Кант, А. Смит, В. Гумбольдт,

Т. Джефферсон, Дж. Медисон, Б. Констан, А. де Токвиль... В формировании либерального мировоззрения участвовали представители европейского и американского Просвещения, французские физиократы, приверженцы английской манчестерской школы, представители немецкой классической философии, европейской классической политэкономии... Участники английской буржуазной революции середины XVII в., Славной революции 1688 г., войны за независимость США руководствовались многими из тех идеалов и принципов, которые вскоре стали составной частью либерального мировоззрения»[125].

Представленные утверждения вряд ли стоит вводить в зону дискуссии и подвергать сомнению. Однако возникает вполне закономерный вопрос: о либерализме какой качественной направленности ведут речь в данном случае видные отечественные исследователи? Терминологически верно в данном случае говорить о либерализме политическом, для которого право становится лишь внешней формой выражения[126].

Что касается либерализма как системы универсального порядка, то его истоки можно найти в мировоззрении Античности. В переведенной Фукидидом знаменитой речи Перикл говорит: «В нашем государстве мы живем свободно и в повседневной жизни избегаем взаимных подозрений: мы не питаем неприязни к соседу, если он в своем поведении следует личным склонностям, и не высказываем ему хотя и безвредной, но тягостно воспринимаемой досады...»[127]

О юридическом либерализме[128] мы можем говорить, когда сама категория свободы[129] мыслится в релятивном ключе[130], а ее ограничение связано с установлением как внешних, так и внутренних нормативных универсумов поведения личности[131]. К первым соответственно следует относить правовые, религиозные и иные типы социальных предписаний, ко вторым, в частности, различные варианты внутреннего долженствования человека[132].

В контексте сравнительного правоведения следует провести аксиологию двух основных форм юридического либерализма – коллективной и индивидуальной.

Коллективная форма воплощения берет свое начало еще в мироощущении догосударственных обществ. Здесь идеи индивидуальной свободы нет и не может быть априори. Моя свобода – это лишь материал, кирпичик в коллективной свободе локализованного по кровнородственному принципу сообщества.

В нормативной и функциональной подсистеме общественных связей указанная форма юридического либерализма в традиционных обществах проявляет себя прежде всего через институты коллективной ответственности и коллективной собственности. При этом элементы коллективной ответственности, составляющие основное содержание данного социального института, представлены следующими положениями социальной доктрины: «Каждый член племени (клана) является ответственным за действия своих соплеменников; ценой индивидуальной безопасности в социуме выступает взаимное наблюдение членов этноса»[133].

Что касается режима коллективной собственности на вещи в традиционных обществах, то при его актуализации «непосредственно реализовывалось два принципа: рецепроктность (то есть все, что производилось, сдавалось в «общий котел») и редистрибуция (все сделанное перераспределялось между всеми, каждый получал определенную долю)»[134]. Также особенность коллективного режима собственности на имущество выражалась и в невозможности отчуждения вещей, принадлежащих всему этносу (семье) в целом.

Проявления юридического либерализма коллективного типа локализации можно найти и в конструкции социальных связей традиционных обществ. Сама система их иерархизации исключает применение принципа индивидуализации воли личности. Ты есть тот, кем были твои предки согласно кровнородственной ретроспективе, и никто иной – вот краткая теза подобной конструкции. Индивидуализация воли субъекта социальных отношений, конечно

же, отсутствует и при реализации конструктивных базисов такого специфического института семейного права традиционных обществ, как «насилованный брак» [135].

Еще одной правовой территорией преломления идей коллективного либерализма следует считать, и не без оснований, юридические системы социалистического лагеря [136]. Также характерным примером институализации идей юридического либерализма коллективного типа были и остаются правовые системы исламского группового модуля. В данном случае следует сказать, что, согласно классической мировоззренческой платформе ислама, изложенной и в Коране, и в Сунне, «права и свободы человека базируются на двух принципах – равноправии и свободе» [137]. Однако возникает вполне закономерный вопрос: о свободе и равенстве какого качественного порядка идет речь в данном случае?

Обращение к нормативной и идеологической составляющим правовых систем указанного сообщества позволяет нам сделать вывод о том, что свобода и равенство берутся в данном случае в религиозном аксиологическом звучании [138]. Ключевым, центростремительным понятием мировоззренческой системы ислама выступает категория мусульманской общины – «уммы» [139], члены которой должны соблюдать религиозные модусы поведения независимо от места своего проживания.

Либеральный коллективизм находит функциональные основы для реализации в различных сегментах социального регулирования. Так, в частности, в системе исламского права, которая получила названия «право личного статуса» [140], мы можем найти многочисленные образчики ограничения индивидуальной свободы личности, детерминированные религиозными основаниями, – мусульманин по общему правилу не может вступать в брак с немусульманином; выйдя замуж, женщина переходит во власть мужчины и должна избегать встреч с другими мужчинами, не показываться в общественных местах; формулы полигамного брака обращены прежде всего к мужской половине человечества, а не к женской [141]. Присутствует указанный дух коллективизма и при конструировании и реализации деликтного права. Достаточно иллюстративны в данном случае предписания Корана, относящиеся к отправлению кровной мести: «А если кто-нибудь убит несправедливо, / Мы дали ближнему его / Власть – (возместить убийце)...» (Коран, сура 17 «Ночной перенос», аят 33) «О вы, кто верует! / Предписано вам право / За смерть (убитых близких) отплатить: За жизнь свободного – свободный, / И раб – за жизнь раба, / И за жену – жена» (Коран, сура 2 «Корова», аят 178)... «Мы предписали: / Душа – за душу, глаз – за глаз, нос – за нос, / Ухо – за ухо, зуб – за зуб, / За (нанесенье) ран – отмщение (по равной мере)...» (Коран, сура 5 «Трапеза», аят 45)» [142].

Таким образом, мы видим, что несколько сообществ правовых систем пошли по данному коллективному пути объективации «свободы» как феномена человеческого бытия.

Во-первых, это так называемые традиционные правовые системы. К их числу можно отнести (в чистом виде) африканские правовые системы государств доколониального периода.

Во-вторых, религиозные правовые системы (например, исламские правовые системы).

В-третьих, правовые системы социалистического типа в XX веке.

Традиционное же, индивидуалистическое звучание термину «юридический либерализм» было придано уже в Новое время. В данном случае сначала на бумаге (работы Д. Локка, Т. Гоббса, Ш.-Л. Монтескье, Ж.-Ж. Руссо, И. Бентама и т. д.), а потом на деле человек пытался отвоевывать индивидуальные пространства для своей личности у социума.

Обращение человечества к данной форме юридического либерализма во многом было связано с расширением самого понятия «свобода» как такового. Если при коллективном своем аналоге либерализм имеет сугубо социальные основания и онтологизируется исключительно в рамках конструкций «индивид – индивид», «индивид – общество», то при индивидуалистическом своем звучании оно приобретает надпозитивный и метафизический смысл [143]. В означенном контексте свобода выступает как «атрибут человека, обуславливающий его спо-



способность выступать в качестве первопричины, аутодетерминанты своих социальных действий и в первую очередь своих нравственных поступков» [144].

Функциональную основу данной ипостаси либерализма достаточно верно подчеркнул В.В. Леонтович. В своей работе «История либерализма в России» он, в частности, пишет, что «основной метод действия либерализма – это не столько творческая деятельность, сколько устранение всего того, что грозит существованию индивидуальной свободы или мешает ее развитию» [145].

Имел юридический либерализм индивидуалистического типа и явные крайние точки своей объективации. В гуманитарной мысли они нашли свое отражение, в частности, в работах таких исследователей, как Фридрих Август Хайек и Людвиг фон Мизес. Конструкцию представленных западных ученых условно можно назвать юридическим либерализмом минимальных сдерживающих универсумов, где сама категория свободы приближается к своему абсолютному значению. Как пишет Ф. А. Хайек в своем эпохальном произведении «Дорога к рабству», «организуя ту или иную область жизнедеятельности, мы должны максимально опираться на спонтанные силы общества и как можно меньше прибегать к принуждению» [146]. Какие же эмпирические практики дали творческие основы для постулирования подобных выводов? Прежде всего опыт существования тоталитарных режимов в XX в., свидетелями распространения которых в Европе были и Ф.А. Хайек, и Л. фон Мизес. Увидев, как идея царства всеобщего счастья трансформировались на территориальной площадке фашистской Италии и нацистской Германии в контракционный лагерь для идеи и практики индивидуальной человеческой свободы, Ф. А. Хайек открыто заявил, что «демократический социализм – это великая утопия последних поколений...» [147], а расцвет тоталитарных режимов есть не реакция на социалистические тенденции предшествующего периода, а неизбежное продолжение этих тенденций [148].

Именно второй из названных нами выше типов юридического либерализма стал для двух основных блоков, ориентированных в позитивном ключе правовых сообществ: континентально-европейского и англосаксонского, детерминированным ценностным основанием. При этом следует отметить, что если в континентальной Европе идеальный (книжный) юридический либерализм явно опережал свой функциональный аналог, то в англо-американских юридических пространствах такой разрыв между теорией и практикой носил менее заметный характер. Так, уже в Великой хартии вольностей, датируемой 1215 г., мы можем встретить отдельные статьи, объективизирующие юридический либерализм индивидуального типа [149]. Однако наиболее показателен в данной связи опыт не английской правовой системы, а правовой системы Соединенных Штатов Америки, которая с самых первых шагов своей институализации избрала в качестве базисной ценностной основы именно юридический либерализм индивидуального типа локализации. Так, в частности, в Декларации прав Виржинии 1776 г. (документе, которой смело можно назвать модельным актом для Конституции США 1787 г., Билля о правах США 1791 г.) мы читаем следующее: «Все люди по природе являются в равной степени свободными и независимыми и обладают определенными прирожденными правами, коих они – при вступлении в общественное состояние – не могут лишить себя и своих потомков каким-либо соглашением, а именно: правом на жизнь и свободу со средствами приобретения и владения собственностью, правом на стремление к счастью и безопасности и их приобретение» [150].

Новые качественные платформы для практических воплощений юридического либерализма индивидуального типа нашел во Франции в связи с развертыванием идей и практик так называемой «единой Европы».

Категорией практической активности в данном случае выступил термин «либерализация» [151] – своего рода функциональный аналог более широкого по внешним характеристикам и внутренним содержаниям социального течения юридического либерализма как такового.

Как отмечает профессор А.О. Четвериков: «либерализация в юридическом смысле призвана обеспечить устранение не любых возможных препятствий, вытекающих, например, из социальных обычаев или природных факторов, а именно тех, которые ранее были установлены самим же государством и теперь, по его мнению, требуют смягчения или полной ликвидации... По своей степени (интенсивности) данный процесс, может носить всеобъемлющий характер, предусматривать устранение всех созданных государством препятствий (полная либерализация) или же преследовать более осторожные цели, связанные с устранением или смягчением только отдельных ограничений (частичная либерализация)» [152].

В праве Европейского союза рассматриваемый термин применяется изначально на всех уровнях системы его источников, начиная с учредительных договоров. Уже в первоначальной редакции Римского договора (Договор о ЕЭС 1957 г.) мы можем его встретить, например, в таких сочетаниях, как «*либерализация перемещений работников*» (устранение препятствий свободе передвижения работников), «*либерализация передвижения капиталов*» (обеспечение свободы передвижения капиталов)<sup>17</sup>, «*либерализация услуг*» (освобождение от ограничений трансграничного оказания услуг различного характера в контексте свободы передвижения услуг) или «*степень либерализации*» (в отношении отмены количественных ограничений и равнозначных мер, препятствующих свободе передвижения товаров)[153].

Сферы социальных практик «либерализации» многообразны. Так, в частности, в ст. 46 ДФЕС мы можем встретить следующие юридические предписания, относящиеся к регламентации свободного перемещения наемных работников: институты ЕС уполномочены принимать разнообразные меры, в том числе упраздняя вытекающие из внутреннего законодательства либо из соглашений, ранее заключенных между государствами-членами, виды административных процедур и административной практики, сохранение которых служило бы препятствием либерализации перемещений работников.

Наибольшая же активность данного социального течения в практике единой Европы была отмечена с самых первых шагов ее пролонгации в экономической сфере.

Исходя из этой посылки, либерализацию трансграничных отношений внутри ЕС было предложено сконцентрировать первоначально на экономике – создать единое экономическое пространство в форме общего рынка, которому предшествовало создание общего рынка угля и стали (в рамках ЕОУС) и таможенного союза. Общий рынок ЕЭС со временем (к началу 1990-х гг.) был трансформирован в единый внутренний рынок ЕС, дополненный на рубеже XX–XXI вв. единой денежной единицей евро в рамках экономического и валютного союза[154].

Что же касается современного периода развития континентально-европейского стиля правового мышления во Франции[155], то он, на наш субъективный взгляд, проходит под эгидой «неотечений» этического порядка. Мы имеем в виду здесь прежде всего неореалистические правовые конструкции и идеологические базисы юридического неофетишизма. Своеобразие неореализма Франции заключается в том, что, с одной стороны, это течение, впитав в себя конструктивные основы нормативизма Ганса Кельзена, упрочило позиции системообразующей линии континентально-европейского стиля правового мышления, а с другой – явило юридическому миру достаточно своеобразную теорию толкования «*Théorie réaliste de l'interprétation*» [156] (TRI). Отправной точкой этой теории следует считать тезис о том, что тексты закона носят неопределенный характер («*principe de l'indetermination textuelle*»), а нормы права – нет («*principe de determination normative*»)[157]. Таким образом, в эпоху современного неореализма французская правовая система столкнулась с опасностью, о которой предупреждал Ф. Жени еще в конце позапрошлого века, когда критиковал представителей «*L'École de l'exégèse*» за открытие дороги к субъективизму судей под маской поиска и утверждения мистической воли законодателя[158].

Что касается оценки «юридического неофетишизма», институализировавшегося во Франции с середины XX в., то он, по нашему мнению, приобрел начиная с указанного пери-

ода прежде всего международно-правовой генезис. Если ранее в эпоху создания «les cinq codes» национальное право становилось той панацеей, с которой связывали французские юристы решение всех проблем юридической зоны действия, то начиная с середины XX в., таким фетишем стало выступать международное гуманитарное право. Окончание Второй мировой войны и начавшийся за ним активный динамический всплеск генерации наднациональных правовых инструментариев, связанной прежде всего с созданием Организации Объединенных Наций, стали прямой причиной догматической институализации на французской правовой арене подобного фетиша. В ст. 55 Конституции Франции прямо закреплено, что «международные договоры или соглашения, должным образом ратифицированные или одобренные, имеют силу, превышающую силу законов, с момента опубликования, при условии применения каждого соглашения или договора другой стороной» [159]. Продолжением избранного в 1958 г. пути следует считать присоединение Франции в 1992 г. к юрисдикции Европейского союза [160] и в 1999 г. [161] – к юрисдикции Международного уголовного трибунала. В данном отношении отрицательное голосование французов по вопросу принятия Европейской конституции [162] следует считать определенной попыткой преодоления гражданским обществом того «юридического неофетишизма» наднационального характера действия, который последовательно насаждает государственная власть начиная с середины XX в. Однако указанные события, на наш взгляд, послужили основанием лишь к взятию определенной передышки в отношении пролонгации институализации на французской правовой арене общеевропейских юридических догм, но отнюдь не к затуханию активности по данному вопросу. XXI в., несмотря на некоторое сопротивление гражданского общества Франции, станет для этой страны веком объективации «юридического неофетишизма» международного характера генезиса и действия. Весомую роль в данном вопросе сыграют как универсальные, так и региональные международные организации.

Итак, нами был дан репрезентативный анализ ценностных основ французской правовой системы современного типа. Подводя общие итоги по проблеме, отметим следующее.

Со времен первых шагов французской правовой системы по институализации континентально-европейского стиля правового мышления прошло достаточное количество времени. За этот эволюционный период французская правовая система испытала на себе влияние следующих крупных идеологических детерминант:

- **доктрина «рационалистического естественного права»** – исторически одно из первых этических учений, оказавших первостепенное влияние на понимание государственно-властными структурами Франции сущности процессов правопонимания и правообразования;

- **«юридический мистицизм»** имеющий соответственно две грани воплощения: естественно-правовую (натуралистическую), выраженную в трудах французских просветителей (в частности, Ж.-Ж. Руссо), и форму «юридического фетишизма»;

- **социологическое учение о праве** (получило практическое воплощение прежде всего во французской теории толкования юридических предписаний);

- **«юридический неофетишизм» наднационального характера действия** (начало эпохи объективации – середина XX в.).

Безусловно, и иные идеологические базисы получали форму теоретической объективации во французском правовом пространстве. Среди них можно, в частности, назвать «юридический скептицизм» [163] и теорию «социальной солидарности» [164]. Однако эти теоретические объективации не имели практического воплощения. Франция, как и любая страна формально-догматического правопорядка, вряд ли когда-нибудь в полной мере сможет связать себя узами «юридического скептицизма», обличая саму себя в сотворении несправедливых законов, или вернуться в прошлое (время Кутюмов) и провозгласить не государственную волю, а «коллективный дух» в качестве творящей силы правового феномена.

Совершенно особое место в ценностной системе французского юридического бытия занимают максимы юридического либерализма[165] и юридического позитивизма[166]. Как и ее соседи по континентально-европейскому юридическому пространству, Франция пролонгировала на своих социальных площадках юридический либерализм индивидуального типа, появление которого ознаменовало собой принципиально новый виток в развитии человечества. Это было время, когда человек взглянул на «свободу» с доопытных позиций, тем самым создав теоретические предпосылки для актуализации автономии собственной воли у социума.

Безусловными «заслугами» данного типа юридического либерализма следует считать практическое развертывание конструкций юснатурализма, который, во многом ценой массовой гибели людей на различного рода революционных баррикадах, а также в войнах за независимость народов и континентов, смог все-таки пройти долгий путь от бледной идеи на пожелтевших страницах до точек формального закрепления и даже практической реализации. Однако не следует забывать и о тех опасностях, которые таит в себе абсолютизация воли «единого» в социуме. Основная угроза, которую несет в себе юридический либерализм крайнего типа локализации, заключается в том, что индивидуальная свобода одной социальной единицы не просто декларируется, а противопоставляется свободе других социальных единиц.

## **§ 2. Юридический позитивизм – базисное основание французского правопорядка**

В представленном выше параграфе монографического исследования нами был дан краткий репрезентативный анализ мировоззренческих платформ онтологизации французской правовой системы. Как уже отмечалось выше, совершенно особое место в их системе занимает такое полифоническое течение мировой юридической мысли, как юридический позитивизм[167].

Каково его содержательное наполнение? В чем проявляется его сущностные аспекты актуализации? Каковы, наконец, детерминированные воздействия указанного социального течения на развертывание французского правопорядка настоящего, прошлого и будущего?

Попытаемся последовательно ответить на поставленные выше доктринальные дискусы.

Как совершенно справедливо отмечает профессор Ю.А. Баскин, «юридический позитивизм в целом определил лицо европейской правовой науки во второй половине XIX в.»[168]. Данное положение юридической доктрины вряд ли стоит вводить в зону дискуссии. Не столь очевидными представляются качественное звучание и наполнение представленного выше течения.

Многообразие подходов к его сущностным и содержательным репрезентативным образам условно можно представить двумя масштабными направлениями. В одном случае идет сужение его объема, прежде всего за счет отождествления с тем или иным внешним воплощением[169]. В другом, напротив, – расширение по модусу включения в его содержание многообразных вариаций установленности (позитивности) правового феномена как такового. Так, профессор Г.В. Мальцев условно разделяет юридический позитивизм на три большие группы учений, теорий и доктрин: государственно-институциональный (этатический), социологический и антропологический (психологический и биологический)[170]. На таком же принципе основывается и немецкий правовед В. Отт, когда говорит о трех вариациях правового позитивизма: этатическом, социологическом и психологическом.

Безусловно, в контексте раскрытия проблемы «юридический позитивизм – базисное основание французского правопорядка» следует говорить об этатическом аспекте понимания юридического позитивизма, вектор которого предполагает восприятие права как продукта государственной воли в самом широком смысле этого слова. При этом, по выражению профессора А.Ю. Баскина:

– данный подход также предполагает, что «именно позитивное право, выраженное в законных и других нормативных актах, должна изучать юридическая наука. Именно это, а не какое-либо иное право обязаны применять судьи и должностные лица государства»;

– его актуализация насыщает правовой феномен такими признаками, как «формальная определенность и обеспеченность принудительной силой государства».

– применение норм права к конкретному случаю, – продолжает автор, – это логический силлогизм, в котором роль большей посылки играет юридическая норма, меньшей – данные конкретного случая, а заключения – правовое решение дела. Установление большей посылки происходит в результате толкования закона. Главным основанием решения должен быть буквальный смысл закона, поэтому самым лучшим вариантом было бы создание идеального законодательства, которое предусмотрело бы все встречающиеся в жизни правовые ситуации. Но поскольку это не всегда возможно, в случае неполноты, противоречия или отсутствия закона надлежит прибегать к его общему смыслу. Для того чтобы открыть этот «общий смысл», следует обратиться к «воле законодателя» или «воле закона»[171].

Французская правовая система современного типа с первых десятилетий своего существования подключилась к содержательному насыщению полифонии юридического позити-

визма, актуализируя догматическую в своей основе интерпретационную школу L'École de l'exégèse. Однако не только рассматриваемую нами выше юридическую школу следует относить к содержательным образам юридического позитивизма этатического типа. Питающими источниками для данного социального направления как во французской, так в мировой юридической науке стали и «Чистое учение о праве» Г. Кельзена, и аналитическая юриспруденция.

Что же представляют собой данные репрезентативные образы юридического позитивизма и каково их влияние на развертывание французской юридической онтологии?

#### **«Чистое учение о праве» Г. Кельзена**

Чистое учение о праве Г. Кельзена[172] стало для юридического позитивизма как наиболее яркой, так и наиболее радикальной внешней объективацией. Захватив сначала умы континентальной Европы, затем, вслед за ветрами политического гонения на ее автора, оно пересекло океаны географические и океаны доктринальные, войдя в юридическое наследие англофонного мира. Структурированное в безукоризненном архитектурном стиле «Чистое учение о праве» представляет собой ряд весьма характерных догматических образов:

Первое:

*Юриспруденция должна быть очищена от исследовательских приемов других социальных наук.[173] (Выделено нами. – М.З.)*

По мнению ученого, юриспруденция совершенно не критично «расширилась» за счет психологии, социологии, этики, политической теории. В целях создания объективной науки предлагается деидеологизация правоведения, безоценочное описание ее предмета. С методологических позиций нормативизма задача юридической науки сводится лишь к изучению действующих правовых норм. «Чистая теория права» стремится ответить на вопрос о том, что есть право и как оно есть, но не на вопрос, как оно должно быть или создаваться. Наука должна исследовать право, видя в нем нормативное смысловое целое. Пока существует право, будет существовать и догматическое правоведение со своим четко отграниченным от других наук предметом, с собственной методологией. Это нормативное учение о праве не заменят ни социология права, ни психология права, поскольку они решают другие задачи[174].

Второе:

*Право есть принудительный правопорядок. (Выделено нами. – М.З.)*

Это означает, продолжает свою мысль Г. Кельзен, что:

«его нормы устанавливают акты принуждения, которые могут быть приписаны правому сообществу. Это вовсе не значит, что осуществление санкции всякий раз сопряжено с применением физической силы. Это происходит лишь в случае сопротивления, что бывает редко...

Современные правопорядки иногда содержат нормы, предусматривающие за определенные заслуги награды, например титулы и ордена. Но такие нормы не есть признак, общий для всех социальных порядков, обозначаемых словом «право», они не выражают сколько-нибудь существенную функцию этих социальных порядков. В системе правопорядков как порядков принуждения награды играют весьма незначительную роль. <...>

Право отличается от других социальных порядков тем, что это принудительный порядок. Его отличительный признак – использование принуждения; это означает, что акт, предусмотренный порядком в качестве последствия социально вредного действия, должен осуществляться также и против воли его адресата, а в случае сопротивления с его стороны – и с применением физической силы»[175].

Третье:

*Нормы права образуют пирамидальную иерархическую структуру: основная норма, нормы конституции, нормы законодательства, индивидуальные нормы (т. е. предписания, которые выносятся в результате разрешения конкретных дел). (Выделено нами. – М.З.)*

Каждая норма приобретает обязательность в силу того, что она создается на основании нормы более высокой ступени. Основная норма правопорядка, как доказывает Г. Кельзен, должна иметь и имеет процессуальный, процедурный характер. Это не материальная норма (например, требование справедливости, общественного согласия, поддержания мира и т. п.), из которой логическим путем можно вывести более частные нормы, создав каким-либо образом содержательно ориентированный правопорядок. Наоборот, утверждает Г. Кельзен, всякое произвольное содержание может быть правом. Не существует такой нормы, которая бы в силу своего содержания заведомо не могла быть правовой. Основная норма Г. Кельзена – исходный пункт процедуры создания позитивного права. Не имеет значения и содержание самой конституции или созданного на ее основе правопорядка (справедливый он или нет)[176].

Четвертое:

*Всякое государство есть по своей сути государство правовое. (Выделено нами. – М.З.)*

Как видим, представленные выше мыслимые конструкции при первом знакомстве с ними выглядят достаточно стройными и логически выверенными. Но смогли они найти точки для объективации в реально действующем правопорядке, в правопорядке, выступающем на мировой юридической карте под флагом Франции?

С одной стороны, да. Генерируемый в лоне континентально-европейской традиции представленный доктринальный концепт имел и имеет под собой по сию пору очевидные функциональные эмпирики в части общего модуса иерархизации правовых норм, то есть пирамида французских юридических норм строится по принципу – от наиболее частного предписания у ее основания до наиболее абстрактной (конституционной) нормы на ее вершине[177].

С другой стороны, попытки Г. Кельзена атомизировать правовой феномен не получили и не могли получить априори пролонгации в действующем правопорядке. Как любая открытая система, правовая система не может и не находится в изолированном состоянии от иных проявлений социального. С внешнесоциальным правовая система перманентно находится в состоянии обмена импульсными зарядами целепологания, образами и ценностями. Внутрисоциальное позволяет ей избежать угроз заостренного догматизма[178].

### **Аналитическая юриспруденция**

Аналитическая юриспруденция – направление, базирующееся на аналитической философии, которая возникла в XX в. и интенсивно развивалась благодаря исследованиям ученых Кембриджского и Оксфордского университетов. Это философское движение основано на анализе языка, при помощи которого мы описываем и познаем мир. Аналитическая (лингвистическая) философия утверждает, что многие проблемы были бы разрешены, если проанализировать, какие функции придаются словам в том или ином рассуждении. Задачи философии состоят в аналитическом исследовании, уяснении, постижении языка и, следовательно, мышления. Философы аналитического движения выступили против метафизических рассуждений, которые под видом получения нового знания ставят новые проблемы. В метафизических построениях нередко бывает так, что в самой формулировке фраз заложены логические ошибки; нестрогое оперирование понятиями и аргументацией и приводит к абсурду. Метафизика, впрочем, не отвергается окончательно, признается ее значение для генерирования новых научных идей и новых методологических подходов. В рамках аналитической философии сложились различные научные течения: философия языка, религии, этики, историографии и др. Не осталась вне поля зрения и политико-правовая проблематика. И в Кембридже, и в Оксфорде были популярны исследования в области анализа этико-юридического языка, в тесной связи с ними развивался и анализ политического языка. При этом выяснялось значение терминов политических теорий, критиковались тоталитарные концепции и их псевдорационалистическое обоснование. Лингвистическому анализу подлежали все ключевые понятия – государство, суверенитет, законы, свобода, демократия, право, обязанность и др. Понимание того, как функционирует язык, призвано дать новое понимание классических проблем политической и

юридической науки. Из этого исходит и аналитическая юриспруденция, которая связывается в первую очередь с именем Герберта Харта (1907–1992), преподававшего в Оксфорде сначала философию, затем юриспруденцию. Лингвистическая философия права развивается в работе «Понятие права» (1961 г.) [179]

Функциональные преломления указанного выше направления мы можем найти в законодательной, правоприменительной и интерпретационных техниках, которыми оперируют французские юристы-практики при осуществлении ими собственной профессиональной деятельности.

Таким образом, мы видим, что сразу несколько репрезентативных образов юридического позитивизма оказали свое существенное влияние на формирование и пролонгацию французской правовой системы. Но и сама французская правовая система стала для юридического позитивизма в лице доктринальных флагманов своего рода *alma mater*, то есть матерью кормящей. В данной связи обращают на себя внимание наследие Адемара Эсмена (1848–1913), работы которого по государственному праву существенно повлияли на развитие позитивистских теорий.

В числе французских позитивистов XX столетия следует назвать и профессора Раймона Каре де Мальберга. Остро дискутируя с представителями классического нормативизма, он выводит категорию «закон» из сугубо функциональных и иерархических оков, помещая ее на пьедестал еще революционных времен. В своем классическом произведении «*La loi, expression de la volonté générale*» [180] профессор Раймон Каре де Мальберг последовательно доказывает на эмпирических основах Конституции 1875 г. тезис о том, что закон – это прежде всего выражение общей народной воли. Также не соглашается Р. Каре де Мальберг с Гансом Кельзенем и в том, что закон представляет собой лишь исполнение Конституции, «он сам по себе по себе выступает феноменом суверенным как выражение этой общей народной воли» [181].

Также, говоря о юридическом позитивизме как культурно-ценностном основании французского правопорядка, не следует забывать и об определенных угрозах, которые таятся при его имплементации в национально-правовое бытие в бездумном порядке.

Так, в частности, профессор Ж.-Л. Бержель писал: «Не умея сделать так, чтобы бывшее справедливым стало силой, люди сделали так, что бывшее силой стало справедливым» [182]. 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 отношению к тем, кто его не признает, нельзя без содрогания думать, что право станет отождествляться с силой: сколько преступлений можно было бы тогда легитимировать! [183]

С поднятой выше проблемой во многом связан и вопрос о социальных взаимосвязях между юридическим позитивизмом и юснатурализмом.

Часто как в российской, так зарубежной юридической доктрине мы можем встретить весьма распространенную точку зрения, согласно которой указанные концепции понимания следует противопоставлять, а порой и противопоставлять в антагонистическом ключе [184].

По нашему мнению, подобная постановка вопроса не представляется верной, и не представляется верной в корне.



Опыт существования европейских правовых систем Post-Renaissance, учреждение которых пришлось на временные точки, последующие за эпохой Просвещения, с необходимостью показали нам диффузию гуманитарных идей из сферы должного в сферу сущего.

Те ценностные образы, которые были для французских просветителей XVIII в. лишь идеальным образом, на штыках и копьях Великой французской революции ворвались в мир легистский и формально-догматический.

Итак, нами была дана оценка вопросам базисного основания французского правопорядка. К каким же выводам мы пришли?

1. Юридический позитивизм есть полифоничное направление социальной мысли. Не представляется целесообразным в данном отношении ассоциировать его только лишь с внесоциальными образами юридической догматики[185]. Лозунг, брошенный И. Бентамом: «Все, что выдано за закон лицом или лицами, за которыми признана власть делать законы, есть закон... “Метаморфозы” Овидия, если бы они были даны таким образом, были бы законом»[186], как и «Чистое ученье о праве» Г. Кельзена могут найти определенное место в нишах юридической теории, но не юридической практики.

2. С первых шагов существования и по настоящий период времени французская правовая система испытывала на себе детерминированное воздействие юридического позитивизма различных внешних воплощений и звучаний. Во многом именно его методологический базис определил общий вектор развития как нормативной, так и функциональных составляющих французского правопорядка.

3. При этом следует заметить, что воздействие это не носило односторонний характер. Сама французская юридическая доктрина, сформированная в рамках ценностного элемента французской правовой системы в лице таких видных деятелей юридической науки, как, в частности, Адемар Эсмен и Р. Каре де Мальберг, стала питающим источником для юридического позитивизма как такового.

4. С каждым новым возрастным режимом французская правовая система все дальше отходила от идеалов Г. Кельзена, насыщая и так уже полифонический дух юридического позитивизма новыми социальными звучаниями.

5. В будущем, по нашему мнению, изменение базисного ценностного курса французской правовой системы не представляется очевидным. Однако этот факт не означает, что новые направления гуманитарной мысли не найдут на ее социальных площадках своего практического воплощения.

## Глава III

### Нормативные основания французской правовой системы

#### § 1. Развитие нормативного элемента французской правовой системы

Как уже отмечалось выше, французская правовая система современного типа начала себя в полной мере проявлять с момента свершения Великой французской революции, чьи громогласные трубы не только заставили рухнуть Бастилию, но и сыграли отходную песнь старой Франции, Франции партикулярной[187].

Какие же нормативные и отчасти ценностные системы предшествовали современному облику французской правовой системы и какова ее ретроспективная данность?

Отвечая на первый вопрос, следует полностью согласиться с известным французским компаративистом Р. Леже, который в своей работе «Великие правовые системы современности», вышедшей в том числе и на русском языке, говорит о четырех крупных исторических онтологических базисах, способствующих формированию французского права:

- римское право;
- германское право;
- каноническое право;
- творчество юристов[188].

К наиболее весомым доктринальным опытам в прединституциональный период развития французской правовой системы Р. Давид, в частности, относит работу Ch. du Moulin «Oratio», F. Bourjon «Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes»

(1720 г.), комментарии R.-J. Potier (1699–1772), сделанные им в отношении Кутюмов Орлеана[189].

Перспективы же найти относительно устойчивые ответы на второй из заданных выше вопросов не представляются столь очевидными, что объясняется рядом причин. Во-первых, релятивным взглядом исторической науки на конструкции периодизации социального бытия как такового. Во-вторых, отсутствием комплексного подхода французских юристов к ретроспективе их национального правопорядка[190].

По нашему мнению, в означенных условиях важно не столько, словно ножом, нарезать французское юридическое прошлое и настоящее на некие исторические отрезки, сколько на доктринальном уровне и в «изометрии» проанализировать наиболее важные точки ее эволюционного роста.

В конце XIII–XIX в. таким краеугольными звеньями в общем конструктивном базисе французской правовой системы следует считать:

- «революционное законодательство»[191];
- наполеоновскую кодификацию;
- судебную реформу;
- зоны колебания ее конституционно-правового курса.

Остановимся на характеристике представленных выше точек эволюционного роста более подробно.

Революционное законодательство

К наиболее заметным и отчасти знаковым законодательным актам эпохи Великой французской революции следует отнести:

*Декларацию прав человека и гражданина 1789 года;*

*Первый избирательный закон Франции;*

*Конституцию 1791 года;*

*Жирондистское республиканское законодательство;*

*Якобинское законодательство.*

Функциональная роль представленных законодательных актов в общем эволюционном пути французской правовой системы выражается, прежде всего, в том, что:

– во-первых, они стали своего рода социальными мостиками между Францией партикулярной и Францией централизованной;

– во-вторых, заложили наиболее общие базисы развития всей правовой системы.

Так, в частности, Декларация прав человека и гражданина 1789 года, принятая Учредительным собранием страны 26 августа 1789 г., стала своего рода мировоззренческим флагом французской правовой системы, на долгие годы определив облик ее настоящего и будущего.

К наиболее заметным положениям Декларации следует отнести следующие нормативные тезисы:

1. Люди свободны и равны в правах: государство служит обеспечению свободы, собственности, безопасности. Народ имеет право на «сопротивление угнетению»; государство гарантирует свободу мнений и слова; «собственность есть право неприкосновенное и священное».

2. Верховная власть в государстве принадлежит народу.

3. Свобода состоит в возможности делать все, что не причиняет вреда другому. Сфера законодательства ограничена: закон может воспрещать только такие действия, которые вредны обществу. «Все, что не воспрещено законом, то дозволено».

4. Закон должен выражать волю всех членов общества, и потому каждый может участвовать в его образовании – лично или через представителей (депутатов). Все граждане равны перед законом; всем в одинаковой степени открыт доступ к замещению государственных должностей: единственный критерий – способности и добродетель.

5. Статьи 7 и 8 Декларации устанавливали два важных принципа, относящихся к уголовному праву: никто не может быть привлечен к ответственности иначе, как в случаях, прямо предусмотренных законом (этот принцип выражается формулой «нет преступления, не указанного в законе» (*nullum crimen sine lege*)); никто не может быть наказан иначе, чем это прямо и непосредственно предусмотрено законом («нет наказания, не указанного в законе» (*nullum poena sine lege*)). Оба эти принципа выражали отрицание феодального суда с его свободой усмотрения как в том, что есть преступление, так и в том, какое избрать наказание.

Статья 9 Декларации, вызвавшая к жизни целую теорию, формулировала «презумпцию невиновности». «Так как каждый (привлеченный к ответственности) предполагается невиновным, пока не установлено обратное... всякая излишняя строгость... должна сурово караться законом». В основу презумпции был положен старый принцип процессуального права, известный с древнейших времен (Гортинская правда), практиковавшийся в некоторых феодальных судах и, наконец, ставший законом: сомнение толкуется в пользу обвиняемого. Установление виновности было признано функцией суда; она констатировалась обвинительным приговором, вступившим в законную силу. Из правила презумпции невиновности вытекало, что бремя доказывания вины лежит на обвинителе (старое феодальное право требовало оправдывающих доказательств от самого обвиняемого)[192].

*Первый избирательный закон Франции*

События, почти совпавшие по времени с принятием Декларации, показали, что новые правящие круги встали на путь не только фактического, но и нормативного нарушения прин-

ципов Декларации. Спустя четыре месяца после ее опубликования, в декабре 1789 г. Учредительное собрание приняло Декрет о введении имущественных и других цензов для избирателей. Согласно Декрету все граждане делились на активных и пассивных. Избирательные права получали только активные граждане, пассивные отстранялись от участия в выборах. Чтобы числиться активным гражданином, следовало: «1) быть французом, 2) достигнуть 25-летнего возраста, 3) прожить фактически в данном кантоне не менее одного года, 4) платить прямой налог в размере трехдневной заработной платы, 5) не быть в положении прислуги, т. е. не быть слугой на жалованье».

Еще более высокий имущественный ценз устанавливался для тех активных граждан, кто мог быть избран. Они должны были обладать земельной собственностью и платить налог, равный 1 серебряной марке (весьма значительная по тем временам сумма)[193].

#### *Конституции 1791 г.*

Учредительное собрание приступило к выработке Конституции почти одновременно с составлением Декларации. Уже к концу 1789 г.

Собрание обсудило и утвердило основные конституционные принципы, определяющие статус высшего органа законодательной власти, короля, правительства, суда, избирательной системы. Но острая политическая борьба в стране постоянно переключала внимание Собрания на решение других неотложных дел, во многом поэтому конституционная работа утратила необходимую последовательность. Отдельные положения Конституции принимались в виде законов, не всегда согласованных друг с другом. Это побудило Собрание создать особую комиссию по отбору и систематизации конституционных актов. Составленный комиссией свод конституционных законов лег в основу конституционного проекта, который 3 сентября 1791 г. был утвержден Собранием. Вскоре его подписал король, который под давлением нарастающей силы народного движения принес присягу на верность Конституции. Королевская подпись и присяга придали новому строю видимость легальной преемственности, к чему стремились отцы Конституции. Но и они не переоценивали значения преемственности, прекрасно понимая, что вопрос о том, быть или не быть Конституции, уже не зависит от монархии. Это они подчеркнули, указав официальную дату принятия Конституции – 3 сентября, т. е. время утверждения ее Собранием.

Конституция устанавливала государственный строй, основанный на принципах разделения властей, ограничения монархии, утверждения национального суверенитета и представительного правления.

Провозглашалось унитарное государственное устройство: «Королевство едино и неделимо. В его состав входят 83 департамента, каждый департамент делится на дистрикты, каждый дистрикт – на кантоны» (п. 1, разд. II). Соответственно четко формулировалось единство государственной власти, территории и правового пространства. *Высшим органом законодательной власти становилось однопалатное Национальное собрание*, которое избиралось на два года и не могло быть распущено королем. Депутаты наделялись правом неприкосновенности: они не могли быть подвергнуты уголовному преследованию и суду за мысли или действия, высказанные или совершенные ими при исполнении своих обязанностей. Для преследования депутатов за общеуголовные преступления требовалось согласие Национального собрания.

Главным назначением Национального собрания являлось принятие законов. Законопроект, принятый Собранием, подлежал утверждению королем. Но если отвергнутый королем законопроект был вновь принят следующими двумя новыми составами Национального собрания, то он приобретал силу закона (т. е. королевское вето было только отлагательным).

Исполнительная власть короля значительно ограничивалась. Он мог действовать только в рамках законов, принятых Собранием. Вводилась контрасигнатура – распоряжения короля приобретали законную силу лишь после подписания их соответствующим министром, который

и нес ответственность за принятое решение. Министры назначались королем, но могли быть преданы суду Национальным собранием за неправомерные действия по своему ведомству.

*Управление на местах возлагалось на выборные органы*, которые действовали под руководством и контролем соответствующих министров. Король мог отменить решения местных властей, если они противоречили законам и постановлениям правительства, а в случае неповиновения отстранить их от должности, поставив об этом в известность Собрание. Последнее отвергало или утверждало принятое решение, могло предать виновных суду.

*Судебная власть* осуществлялась выбранными на срок *судьями*. Они могли быть смещены только за преступления по должности, установленные в судебном порядке. Для рассмотрения уголовных дел учреждался суд присяжных. Создавался кассационный суд. Он должен был принимать решения по жалобам на приговоры, вынесенные судами в последней инстанции, и некоторым другим заявлениям. В кассационном производстве суд мог отменить приговор нижестоящего суда, вынесенный с нарушением порядка судопроизводства или содержащий явное нарушение закона. В этом случае кассационный суд направлял дело на новое рассмотрение по существу в суд, которому оно подсудно.

Предусматривалось создание Верховного суда, призванного разбирать правонарушения министров, а также преступления, угрожающие безопасности государства.

Депутаты Национального собрания должны были избираться на основе двухстепенных выборов, в которых могли участвовать только активные граждане. Ими признавались лица, имеющие французское гражданство, которым исполнилось 25 лет от роду, проживающие в определенном месте в течение установленного законом времени, уплачивающие прямой налог в размере оплаты не менее трех рабочих дней, не находящиеся в услужении, внесенные в список национальной гвардии. Право быть выборщиками получили те активные граждане, размеры дохода которых в зависимости от места их проживания равнялись оплате труда за 100–200 рабочих дней, те, которые нанимали или арендовали имущество стоимостью, эквивалентной оплате труда за 400 рабочих дней.

В Конституции нашли воплощение принципы национального суверенитета и представительного правления. Конституция гласила: «Суверенитет принадлежит нации: он неделим, неотчуждаем и неотъемлем. Ни одна часть народа, никакое лицо не может присвоить себе его осуществление». Так решительно отвергалась основополагающая доктрина абсолютизма об исключительной власти монарха – суверена «Божьей милостью». Король не был более королем по праву преемства. Он утверждался по воле нации и подчинялся конституционному закону, тогда как раньше стоял над ним. Королевская власть становилась конституционно ограниченной.

Взамен старого понятия, отождествлявшего нацию с совокупностью различных обособленных, сословных корпораций, находившихся на разных ступенях феодальной иерархии, вводилось правовое понятие нации как единой общности формально равноправных граждан. При этом нация рассматривалась не просто как сумма отдельных граждан, а как нечто целое – «совокупность», от каждого человека в отдельности не зависящая[194].

#### *Жирондистское республиканское законодательство*

Декретировав новый порядок, Учредительное собрание объявило: «Наступил конец революции. Пусть к нации вернется ее счастливое настроение». Но оно ошиблось. Окончилась не революция, а только первый этап ее, окончилось господство крупной буржуазии в революции. Сама же революция шла вперед, развивалась по восходящей линии[195].

Маховик революции наращивал обороты. В его жернова попадали все новые и новые институты и ценности старого мира.

10 августа 1792 г. был взят штурмом королевский дворец, правление фельянов свергнуто. Коммуна, у которой оказалась вся власть в столице, арестовала Людовика XVI и заставила Законодательное собрание (теперь жирондисты здесь были самой влиятельной группировкой)

принять ряд важных решений. Декреты от 10 августа отстраняли короля от обязанностей главы исполнительной власти, наделяли Законодательное собрание правом (временным) назначать министров «путем индивидуального выбора, но они не могут быть намечены из его среды»; объявляли о созыве нового органа государственной власти –

Национального Конвента. Декрет от 11 августа 1792 г. устанавливал новый порядок выборов в Конвент: «первичные собрания изберут такое же количество выборщиков, какое они избирали во время последних выборов. Разделение французов на граждан активных и пассивных уничтожается. Для того чтобы быть допущенным к выборам, достаточно быть французом, иметь от роду 21 год, иметь оседлость в данной местности в течение одного года, жить на доходы или трудовой заработок и не являться прислугой... Для того чтобы иметь право быть избранным в качестве депутата или выборщика, достаточно иметь от роду 25 лет и удовлетворять условиям, требуемым предыдущей статьей. Выборы будут произведены по тому же способу, как и выборы в Законодательное собрание». Было принято решение о новых выборах во все муниципалитеты и суды на основе нового избирательного права[196].

Дальнейшие события не заставили себя ждать – Декретом от

25 сентября 1792 г. Франция объявлялась единой Республикой; 21 января 1793 г. по решению Конвента Людовик XVI был гильотинирован.

#### *Якобинское законодательство*

По единодушному мнению историков, якобинский период развертывания французской революции следует признать наиболее жестким в плане механизмов и способов в достижении целей ее свершения. Во имя высших идеалов проливалась рекой кровь внешних врагов и еще вчерашних соратников. Революция начала пожирать своих детей.

Якобинский режим достаточно иллюстративно характеризуют следующие акты:

– *Декрет о подозрительных от 17 сентября 1793 г.*

Данный Декрет объявлял подозрительным каждого, кто был известен приверженностью старому порядку, кто находился в родстве с дворянами-эмигрантами или состоял у них на службе (если не было бесспорных свидетельств революционности), и всех тех, кто не мог доказать, на какие средства он существует. Декрет предписывал арест подозрительных. Если имелись обвинительные материалы, арестованные подлежали суду; если этих материалов не было, они оставались под арестом на неопределенное время[197].

– *Декрет о Революционном трибунале от 10 июня 1794 г.*

Этот Декрет вводил формулу «враг народа», воздерживаясь от сколько-нибудь точного ее определения и устанавливая только одно наказание – смертную казнь. «Врагами народа», наряду с прямыми изменниками и активными контрреволюционерами, признавались также все те, кто «стремится унижить» Конвент или Комитеты, кто «поддерживает связи» с «врагами Республики и народа», кто «под какими бы то ни было внешними прикрытиями посягает на свободу или единство республики или стремится помешать ее упрочению» [198].

Задуманная якобинцами Конституция 1793 года так и не была введена в действие.

#### *Наполеоновская кодификация*

Предваряя экскурс в проблему кодификационных опытов французских юристов XIX столетия, следует отметить, что понимание категории «кодекс», сложившееся в рамках французской доктрины, расходится с отечественным видением проблемы. Как подчеркивает профессор Л.В. Головкин в своей вступительной статье к переводному изданию книги известного французского юриста Реми Кабриака «Кодификации», «Французская доктрина исходит из функционального понимания кодекса, а не из понимания формального, присущего российской юридической науке. Для французского правоведа кодификация представляет собой любую форму приведения в единое целое рассеянных по разным источникам правовых норм, независимо от

того, отменяем ли мы эти нормы формально, создавая на их месте новый крупный закон-кодекс (наполеоновская концепция), или оставляем кодифицируемые нормы в силе, лишь по-новому их структурируя, то есть, придавая им новую правовую форму без изменения содержания (римская или новейшая французская концепция). Здесь важна не столько форма, сколько цель (борьба с правовой неопределенностью, порожденной раздробленностью источников права), к которой можно идти, используя разные средства» [199]. Сам Реми Кабриак, опираясь на труды историков права, дает следующее определение кодекса: «это совокупность разрозненных правовых норм, приведенных в форму единого целого» [200].

Исторически первым кодификационным детищем имперской эпохи стал Code Civil или Французский гражданский кодекс, чьи нормативные образы стали примером для подражания и восхищения не только юридического мира, но и мира литературного [201].

Его промульгация состоялась 30 вентоза XII года Республики – 24 марта 1804 г.

С чего же все начиналось?

21 августа 1790 г. Учредительное собрание постановило подготовить единый гражданский кодекс, состоящий из простых и ясных законоположений, основывающихся на Конституции и имеющих юридическую силу на территории всего государства. В 1793 г. Конвент принял постановление о подготовке гражданского кодекса. Был составлен первый проект, включавший 695 статей, который 9 августа 1793 г. был представлен Конвенту Жан-Жаком Режи де Камбасересом. Но проект, по мнению Конвента, был слишком сложным, недостаточно радикальным и основывался на старом монархическом праве. Особой комиссии, состоящей в большей своей массе не из юристов, а из философов, было поручено пересмотреть проект. При этом предполагалось исходить из того, что гражданский кодекс должен состоять из небольшого количества общих положений, формулирующих принципы построения нового общества и обеспечивающих естественные права человека. Таким образом, законодатель должен был ограничиться установлением самых обобщенных норм, а ученые-правоведы и практикующие юристы – дать им дальнейшее развитие в плоскости конкретных правоотношений. В 1794 г. Камбасерес представил второй проект, который состоял из 297 статей, сформулированных в самых общих чертах. Но Конвент вскоре прекратил свое существование, и власть перешла к директории. Камбасерес в изменившихся обстоятельствах предложил Совету пятисот третий, существенно переработанный проект, включавший 1104 статьи. Дух проекта значительно изменился по сравнению с проектом 1794 г. Многие его либеральные положения были пересмотрены с консервативно-реакционных позиций. Например, во втором проекте незаконные дети уравнивались в правах с законными, супруги самостоятельно распоряжались своим имуществом, тогда как в третьем проекте незаконные дети существенно ограничивались в правах, а мужу предоставлялось право управления имуществом жены. Впрочем, Совет пятисот так и не рассмотрел третий проект Камбасереса. В 1799 г. Жакемино разработал еще один проект гражданского кодекса. Однако и он остался на бумаге. 13 августа 1800 г. для составления проекта гражданского кодекса была образована кодификационная комиссия Государственного совета. В ее состав вошли четыре опытных юриста: Франсуа-Дени Тронше – председатель Кассационного Суда, Жан-Этьен-Мари Порталис – комиссар при призовом суде, Феликс-Жюльен-Жан Биго де Преаме – генеральный прокурор при кассационном суде, Жак Малевиль – член кассационного суда. Наиболее значительную роль в работе комиссии играли Порталис и Тронше. Порталис был ученым с хорошим философским образованием и глубоким знатоком римского права. Тронше являлся одним из лучших специалистов в области обычного права. Преаме и Малевиль, исполняющий обязанности секретаря-редактора комиссии, как старые судебные чиновники олицетворяли собой консервативное начало, обеспечивая разумный баланс между принципами старого порядка и новыми началами. После получения отзывов проект был рассмотрен в Государственном совете и направлен в Трибунат и Законодательный корпус, которые встретили его весьма сдержанно. Раздавалась критика порой диаметрально противоположного

толка. С одной стороны, в концепции кодекса виделась попытка ликвидации революционных завоеваний буржуазии, с другой – высказывались упреки в излишнем пристрастии разработчиков к римскому праву и, наконец, с третьей – утверждалось, что нельзя одним махом изменить законы народа, которые существуют уже много веков и органично отражают региональное разнообразие регулируемых общественных отношений. Наполеон отозвал проект и одновременно произвел коренную реформу Трибуната, сократив численность его членов до 50 и подобрав последних из своих сторонников. После этого проект кодекса снова был поставлен на обсуждение, и рассмотрение его прошло без задержек. Законодательный корпус принимал статьи кодекса без прений. В течение года было принято 36 законов, образующих кодекс. Действовавшие до этого обычаи, ордонансы и законы утратили юридическую силу[202].



## **Конец ознакомительного фрагмента.**

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.