

MÉTHODES DU DROIT

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

THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT

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

Deuxième édition

DALLOZ

1989

СИСТЕМА ПРАВА

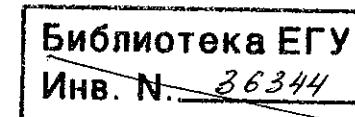
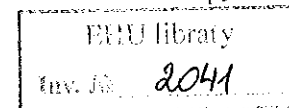
340.12
Б-48
под руководством Жана Карбонье,
профессора факультета права
и экономических наук
университета Париж II,
почетного декана факультета права
университета Пуатье

ОБЩАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА

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

Под общей редакцией
В.И. Даниленко

МОСКВА
NOTA BENE
2000



ЧАСТЬ I

ОСНОВЫ ПРАВА

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

Глава I

ОПРЕДЕЛЕНИЕ ПРАВА

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

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

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

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

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

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

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

ОПРЕДЕЛЕНИЕ ПРАВА ПО СУТИ (по содержанию)

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

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

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

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

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

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

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

(1) C. Atias, *ibidem*

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

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

(4) J. Dabin, *op. cit.*, n° 9.

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

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

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

§ 1 Юридическое мышление

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

(1) P. Roubier, *Théorie générale du Droit* (2^e éd. 1951), n° 36.

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

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

А • Идеалистическая философия

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

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

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

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

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

(1) L. Ingber, *Jean Bodin et le droit naturel*, in Actes du Colloque interdisciplinaire d'Angers (1984), Presses Universitaires d'Angers, 1985, p. 279 et s.; *Des théories du droit naturel*, Cahiers de Philosophie politique et juridique, Publications de l'Université de Caen, 1988; более полную библиографию по естественному праву см.: in *Introduction bibliographique à l'histoire du droit et à l'éthnologie juridique*, B/11 par P. Foriers, L. Ingber et P. F. Smeets, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1982.

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

(3) J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 9-10; J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, n° 8 et s.; A. Weill et F. Terré, *ibidem*; M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du Droit* (1962). См., наконец, Ph. Jestaz, "L'avenir du droit naturel ou le droit de seconde nature", *Rev. Tr.Dr.Civ.*, 1983, pp. 233 et s.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Б • Позитивистские доктрины

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

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

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

а) Правовой (юридический) позитивизм и научный позитивизм

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(1) Ihering (1818—1892), *La lutte pour le droit* (1872) et *Le but dans le droit* (1878). V P. Coulombel, "Force et but dans le Droit selon la pensée de Ihering" *Rev. Tr. Dr. Civ.*, 1957, pp. 609 et s.

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

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

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

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

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

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

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

б) Научный позитивизм и социологический позитивизм

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

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

(1) J. Carbonnier, *ibidem*.

(2) A. Well et F. Terré, *op. cit.*, n 27.

(3) M. Villey, “Leçon d’histoire de la philosophie du droit”, *op. cit.*, p. 73 et G. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, n 24.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(2) См. ниже, n 97 et s.

(3) См. ниже, n 124 et s.

(4) См. ниже, n 149 et s.

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

§ 2 Конечные цели права

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

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

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

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

(1) M. Villey, “Philosophie du Droit – définitions et fins du droit”. *Op. cit.* N 24, p. 51.

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

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

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

А • Справедливость или польза

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(2) P. Roubier, *op. cit.*, n° 23.

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

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

(5) P. Roubier, *ibidem*.

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

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

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

(1) J. Dabin, *op. cit.*, n° 301.

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

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

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

(1) Dabin, *op. cit.*, n° 320 et s.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(2) *Ibid.*

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

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

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

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

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

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

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

Б • Индивидуализм и коллективизм

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

(1) G. Burdeau, *Traité de Science Politique*, 1^{re} éd. 1949.

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

ределить право как "диалектику на стыке политики и этики" и представить его как "посредника" между политикой и моралью (1). Идеологический спор между индивидуализмом и коллективизмом (а) предопределяет в таком случае, на юридической почве, появление вопроса о правах субъектов (6).

а) Идеологический спор

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

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

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

(2) P. Roubier, *op. cit.*, n° 25.

(3) E. Kant, "Principes métaphysiques premiers de la Doctrine du Droit" (1796) (trad. Tissot, pp. 43 et s.), cité par P. Roubier, *ibidem* et M. Villey, "Philosophie du droit", *op. cit.* N° 82.

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

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

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

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

(1) M. Villey, *ibidem*.

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

(3) M. Villey, *op. cit.*, n° 96.

(4) См выше, n° 21.

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

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

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

б) Вопрос о субъективных правах

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

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

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

(2) *Pandektenrecht* (8^e éd. 1900).

(3) J. Carbonier, *op. cit.*, n° 40.

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

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

(1) J. Dabin, *op. précit.*

(2) P. Roubier, "Droits subjectifs et situations juridiques", *op. cit.* P. 38, cité par J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.* N° 183.

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

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

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

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

(1) V° описание этой доктрины у Ж. Гестена и П. Губо в *op. cit.*, n° 183 et s.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(1) См. ниже, n° 239 et s.

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

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

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

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

§ 1 Определение юридической нормы

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

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

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

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

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

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

а) Понятие юридического предписания

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

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

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

(1) J. Dabin, *op. cit.*, n° 37 et s.; P. Roubier, *Théorie générale du Droit*, n° 5; M. Virally, *op. cit.*, pp. 67 et s. См. также Ph. Jestaz, "La sanction ou l'inconnu du droit", D.S. 1986 I 197 et s.; "L'obligation et la sanction: à la recherche de l'obligation fondamentale" in *Mélanges offertes à P. Raynaud*, Paris, 1985, p. 273 et s.

озные, которые не предполагают объективного (внешнего) принуждения.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(1) *Ibidem*

(2) *Ibidem*

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

б) Разнообразие предписаний

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

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

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

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

(2) См. ниже, n° 42 et s.

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

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

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

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

Б • Общие и абстрактные правила

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

(1) P. Louis-Lucas, *La loi*, D. 1964, I, 197.

(2) Цит. по P. Louis-Lucas, *ibidem*.

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

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

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

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

(1) О временном аспекте применения закона см. *ниже*, n° 108 et s.

(2) О других достоинствах закона см. *ниже*, n° 47.

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

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

§ 2 Специфика юридических правил

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

(1) Об иерархии (юридических) текстов см. *ниже*, n° 70 et s.

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

А • Юридические правила и правила морали

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(2) См. P. Roubier, *op. cit.*, n° 6.

(3) G. Ripert, *ibidem*.

(4) См. ниже, n° 148 et s.

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

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

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

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

(1) P. Roubier, *ibidem*.

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

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

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

Б • Юридические и другие социальные правила —

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

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

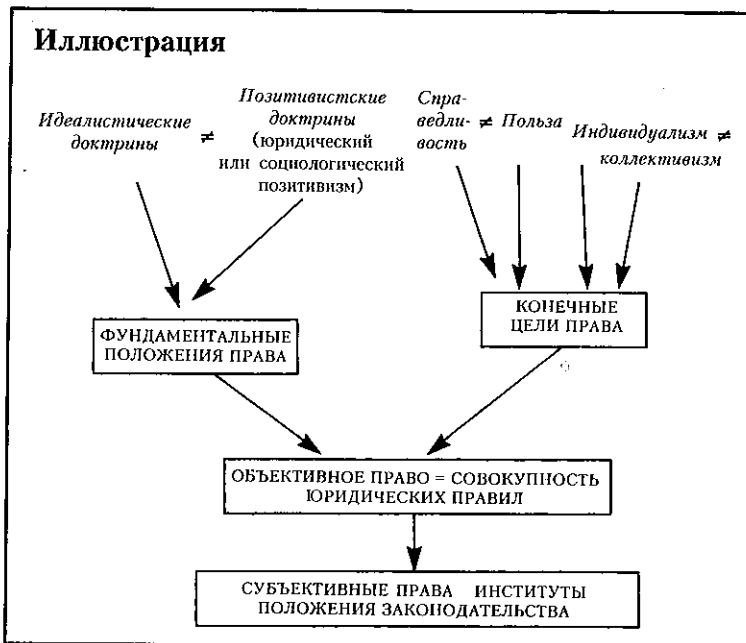
В течение долгого времени специалисты ограничивались тем, что различали право и обычаи. Затем они вывели религию и мораль за рамки подобной классификации с целью ограничить категорию “обычай” практикой недуховного свойства. Американские социологи среди последних стали различать “folkways”, другими словами,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

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

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

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

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



(1) *Ibidem*.

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

Глава 2

ИСТОЧНИКИ ПРАВА

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

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

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

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

(1bis) См. *выше*, n° 15 et s.

(2) См. *ниже* n° 148 et s.

(3) См. *ниже* n° 94 et s.

(4) См. *ниже* n° 123 et s.

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