

ОБ ЭВОЛЮЦИИ ВЗГЛЯДОВ НА СУДЕЙСКОЕ ПРАВО  
ВО ФРАНЦУЗСКОЙ ЮРИСПРУДЕНЦИИ  
(КОНЕЦ XVIII — ПЕРВАЯ ЧЕТВЕРТЬ XX В.)

Д. И. ЛУКОВСКАЯ\*

В статье анализируется и актуализируется эволюция (с конца XVIII до первой четверти XX в.) французской правовой доктрины в ее отношении к судебному праву. Автор обращается к теоретическим дискуссиям по этой проблеме во Франции, где собственно зарождались и особенно тщательно оберегались традиции романо-германского права. С этими традициями, воспринятыми с 30-х годов XIX в. юридическим позитивизмом, жестко формализовавшим деятельность судей, изначально казалась несовместимой идея судебного правотворчества. Поэтому когда на рубеже XIX–XX вв. заявила о себе школа свободного права, ее сторонники (во Франции — Ф. Жени, Р. Салейль, Э. Ламбер и др.), отстаивавшие идею правотворческих функций (в тех или иных пределах) судебного корпуса, предстали в глазах современников чуть ли не ниспровергателями основ правопорядка.

Особое внимание уделяется в статье обсуждению, прежде всего инициаторами движения за свободное право, вопросов, связанных с пересмотром господствовавшей теории формальных источников права, в частности о правообразующей роли судебной практики и о пределах судебного усмотрения: «идти через кодекс, но дальше кодекса» (Ф. Жени) либо «идти дальше кодекса, но через кодекс» (Р. Салейль). Автор выделяет как весьма умеренные позиции ряда участников этой и других дискуссий по данной проблеме, так и более радикальные взгляды. Однако, подчеркивается в статье, наиболее влиятельные ученые, представлявшие школу свободного права, никогда не видели в судье основного творца права. В дальнейшей же эволюции французской доктрины, как показывает автор, обращаясь к широко распространенной в современной европейской юриспруденции теории правового реализма (неореализма) М. Тропера, надежды на независимое и объективное правосудие прямо связываются с правотвор-



Луковская Дженевра Игоревна,  
доктор юридических наук,  
профессор,  
зав. кафедрой теории  
и истории государства и права  
СПбГУ

\* Lukovskaya Geneva Igorevna — doctor of legal sciences, professor, head of the Department of Theory and History of State and Law of St. Petersburg State University.

E-mail: lukovskaia@yandex.ru

© Луковская Д. И., 2014

чеством судейского корпуса, а не парламентского законодателя. Отмечается актуальность вопроса об отношении к этой теории в российской теории права и особенно в конституционной доктрине.

По мнению автора, принципиально новой в теориях свободного права была не как таковая идея судейского правотворчества, а эта идея в контексте широкого движения за обновление юридической науки в ее тесной связи как с другими социально-гуманитарными дисциплинами, так и с новыми практическими задачами юриспруденции. В этом ракурсе в статье затрагиваются основные положения выдвинутой Ф. Жени теории свободного научного исследования (искания) права. По целому ряду вопросов, рассматриваемых в статье, автор обнаруживает теоретико-познавательные параллели с ситуацией, сложившейся к настоящему времени в российском теоретическом (включая отраслевое) правоведении.

**КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА:** право, теория права, правоприменение, свободное право, источники права, закон, обычай, судебный прецедент, судебная практика, юридический позитивизм.

#### LUKOVSKAYA G. I. TO THE EVOLUTION OF VIEWS ON THE MAGISTERIAL LAW IN FRENCH JURISPRUDENCE (LATE 18<sup>TH</sup> CENTURY — FIRST QUARTER OF THE 19<sup>TH</sup> CENTURY)

The article analyses and updates the evolution (from the late 18<sup>th</sup> to the first quarter of the 19<sup>th</sup> century) of the French legal doctrine in terms of its relation to the magisterial law. The author refers to theoretical discussions on this problem in France where the traditions of civil law arose and were especially carefully preserved. It seemed initially that the idea of judicial law making was inconsistent with these traditions accepted in 1830s by legal positivism which strictly formalized the activity of judges. That is why when the Free Law School announced itself at the turn on the 19<sup>th</sup> and 20<sup>th</sup> centuries, its advocates (F. Géný, R. Saleilles, E. Lambert and others in France) who supported the idea of legal making functions (in some limits) of the judiciary were seen by their contemporaries almost as subverters of the public order.

The article pays special attention to the discussion, primarily among the initiators of the movement for the free law, of issues connected with reviewing the dominating theory of formal sources of law, in particular as regards the law making role of case law and limits of judicial discretion: "to move through the code, but beyond the code" (F. Géný) or "to move beyond the code, but through the code" (R. Saleilles). The author distinguishes between rather moderate positions of some participants of this and other discussions of this issue and more radical views. However the article emphasizes that the most influential scientists representing the Free Law School never considered a judge as a main law maker. Referring to the theory of legal realism (neo-realism) of M. Troper which is wide spread in the modern European jurisprudence, the author shows that during the further evolution of the French doctrine hopes for independent and objective administration of justice were directly connected with law making of the judiciary rather than the parliamentary legislator. The author states the urgency of the issue of relation to this theory in the Russian legal theory, especially in the constitutional doctrine.

According to the author, not the idea of magisterial law making per se was a fundamentally new for the Free Law theories, but rather this idea in the context of a broad movement for renewal of the legal science in its close connection both with other social and humanitarian disciplines and with new practical tasks of the jurisprudence. In this regard, the article touches upon the main provisions of the theory of free scientific research of (search for) law proposed by F. Géný. As regards a number of issues examined in the article, the author reveals epistemological parallels with the

situation which has been formed by now in the Russian theoretical (including branch) legal science.

KEYWORDS: law, theory of law, law enforcement, free law, sources of law, statute, custom, legal case, case law, legal positivism.

---

В российской теории права продолжаются дискуссии о судебной практике или актах судебной власти как источнике права, о судебном прецеденте как форме судебного права, об интерпретационной деятельности судей, ее правотворческих возможностях и их пределах.<sup>1</sup> Эти дискуссии, особенно в отраслевом правоведении, как правило, не выходят за рамки вопросов, очерченных отечественной правовой доктриной. Из зарубежных концепций предпочтение обычно отдается англо-американской модели судебного права как права прецедентного. Куда реже привлекаются родственные российской правовой системе идеи и аргументы европейской континентальной доктрины.

Конечно, прецедент не противопоставлен Европе в принципе.<sup>2</sup> Но верно и то, что «история, прожитая романо-германским правом, противится переносу в него права прецедентного».<sup>3</sup> Тем не менее представляется явным преувеличением распространенное мнение, согласно которому идея судебного права вообще не согласуется с традициями романо-германской правовой семьи.<sup>4</sup> Во всяком случае к настоящему времени в романо-германском праве возобладали тенденции к признанию судебного права (в тех или иных формах и пределах). По мнению М. Н. Марченко, это и сегодня только тенденция. Не подтвердилась лишь категоричность утверждений, что идея судебного права не свойственна романо-германской правовой семье. Не слишком ли это осторожный диагноз? Тем более, что статью в целом<sup>5</sup> тот же автор посвящает как раз многообразию взглядов, идей и подходов к решению проблем судебного права как составной части романо-германского права.

Почему имеет смысл актуализировать в наши дни в России эволюцию взглядов на судебное право именно во Франции и именно в обозначенный (в названии настоящей статьи) период?

Во-первых, французское право в течение всего XIX в. господствовало в Европе, так что в других европейских странах приходилось считаться с принципами и нормами знаменитого Кодекса Наполеона, а также с их

---

<sup>1</sup> См., напр.: *Верещагин А. Н.* Судебное правотворчество в России: сравнительно-правовые аспекты. М., 2004; *Марченко М. Н.* 1) Источники права. М., 2005. С. 503–518; 2) Судебное правотворчество и судебное право. М., 2007; *Четвернин В. А., Юрко Г. Б.* Судебное правотворчество // *Юриспруденция XXI века: горизонты развития. Очерки / под ред. Р. А. Ромашова, Н. С. Нижник.* СПб., 2007. С. 368–395; *Колоколов Я. Н.* Аутентическое толкование правовых актов: поиск новых парадигм. М., 2010.

<sup>2</sup> *Арановский К. В., Князев С. Д.* Ограничения судебного прецедента в романо-германском праве // *Правоведение.* 2012. № 4. С. 63.

<sup>3</sup> Там же. С. 51.

<sup>4</sup> Дискуссия, в том числе и о судебном праве в целом, возможна и в русле обоснования с позиций неклассической теории права универсального смысла идеи прецедента, не связываемого исключительно с системой общего права (см.: *Поляков А. В.* Единство теории и практики — необходимая составная часть юридического знания // Там же. С. 8).

<sup>5</sup> *Марченко М. Н.* Разнообразие взглядов на судебное право в современной романо-германской правовой семье // Там же. 2007. № 3. С. 17–27.

интерпретацией на родине Кодекса. Высказывалась даже мысль о циркуляции французской правовой модели (В. А. Туманов).

Во-вторых, опыт Франции репрезентативен потому, что здесь, собственно, и зарождались, и особенно тщательно оберегались те традиции романо-германского права, которые до сих пор кажутся несовместимыми с идеей судейского правотворчества. Изначально резкое неприятие французской доктрины этой идеи подкреплялось еще авторитетом мыслителей общеевропейского масштаба, прежде всего Ш. Монтескье и Ж.-Ж. Руссо. Теория разделения властей Монтескье и идея Руссо о нерушимости закона воспринимались как догмы, не подлежащие критике. Только комментирование на протяжении всего XIX столетия допускалось и в отношении Кодекса Наполеона. Поэтому, когда на рубеже XIX–XX вв. заявила о себе школа свободного права, ее сторонники, отстаивавшие идею правотворческих функций судейского корпуса, предстали в глазах современников ниспровергателями основ правопорядка. И все же общественное развитие и развитие науки подталкивали юристов к теоретическим и практическим новациям.

В-третьих, напрашиваются теоретико-познавательные параллели между ситуацией во французской теории права в конце XIX — начале XX в. и в российском правоведении, причем современным, нередко воспроизводящем идеи и аргументы участников тогдашних дискуссий (в том числе и в самой России до 1917 г.). Правда, чаще эти идеи и аргументы оказываются просто аналогичными тем, какие выдвигались в прошлом в защиту судейского права в России, во Франции и вообще в континентальной юриспруденции. Не исключено, что такая своеобразная рецепция идей свидетельствует о том, что они имеют универсальный смысл, хотя бы и в рамках романо-германского права.

После Французской революции конца XVIII в. в странах романо-германской правовой семьи доминировало представление о едином начале права, коренящемся в воле суверена. Просветительская идея всемогущества законодателя (просвещенного монарха или народа-суверена), никогда не ошибающегося, предполагала его способность создавать законы, которые, подобно законам природы, изначально обладают объективным истинным смыслом. Господствовала теория закона как выражения воли законодателя. Согласно этой теории судья в случаях неясности, недостаточности или видимой противоречивости выраженной в законе воли законодателя обязан обратиться к самому законодателю, который подвергал закон аутентичному толкованию. При этом судья, отмечал С. И. Раевич, «должен был относиться к воле законодателя так, как слуга — к воле господина».<sup>6</sup>

Задача судьи состояла лишь в том, чтобы применить закон. Для этого судья должен был прибегнуть к построению силлогизма, в котором большую (основную) посылку образует закон, малую — фактические обстоятельства дела, разбираемого судьей, а заключение — судебное решение. Сведение всей правоприменительной деятельности к дедуктивному силлогизму исключало какие-либо творческие элементы в ней и тем более личные пристрастия судей. От них требовалось быть абсолютно беспристрастными.

---

<sup>6</sup> Раевич С. И. Гражданское право буржуазно-капиталистического мира в его историческом развитии // Кодекс Наполеона в теоретических и исторических юридических исследованиях. Сб. статей. Минск, 2007. С. 54.

Такое требование, обращенное к судебному корпусу, явилось реакцией, можно сказать, общественного правосознания на средневековый произвол судей и усиление судебной власти во Франции и в других европейских странах перед Французской революцией. Как известно, революция ознаменовалась репрессиями против судей. Опасения возможного судебного произвола вызывало и то, что судьи не избирались гражданами, в отличие от представительного органа, выражающего интересы по крайней мере большинства населения. Монтескье выступал за выборность судебного корпуса, с тем чтобы судьи «всегда были лишь точным выражением текста закона». <sup>7</sup> Он надеялся, что тогда судебная власть «станет, так сказать, невидимой и как бы несуществующей». <sup>8</sup> Ведь «судьи народа <...> — не более как уста, произносящие слова закона, безжизненные существа, которые не могут ни умерить силу закона, ни смягчить его суровость». <sup>9</sup>

Теория закона как выражения воли законодателя и обусловленная ею концепция правоприменения нашли отражение в революционном законодательстве Франции. Институт обязательной отсылки к законодателю в случае необходимости интерпретации закона при его неясности или неполноте был введен законом от 16–24 августа 1790 г. и закреплен в Конституции 1791 г. <sup>10</sup> По существу этот институт был скрыто упразднен ст. 4 Кодекса Наполеона, согласно которой судья, отказавшийся судить под предлогом молчания, темноты или недостаточности закона, может подлежать преследованию по обвинению в отказе в правосудии. Запрет судье отказывать в правосудии в указанных в ст. 4 случаях был подтвержден в ст. 185 и 505 Уголовно-процессуального кодекса Франции. Однако открыто институт обязательной отсылки к законодателю был отменен лишь в 1837 г. <sup>11</sup>

Статья 4 Гражданского кодекса Франции, заимствованная законодательством почти всех европейских стран, легализовала возможное творческое начало в деятельности судей. Составителям Кодекса (Порталис, Тронше), в традициях естественно-правовой доктрины, рисовался образ судьи как выразителя естественно-правовой справедливости. Однако еще при обсуждении проекта Кодекса раздавались голоса тех, кто по-прежнему ориентировался на авторитет Монтескье.

Вряд ли исторически адекватным можно считать утверждение, со ссылкой на ст. 4, что «Кодекс Наполеона открыл широкий простор для судебного усмотрения». <sup>12</sup> Революционная теория, констатировав М. Ориу, не могла передать дело утверждения авторитета закона после его принятия правоприменительной практике и обычаю, так как «фактически это значило бы передать дело утверждения законов в руки судебной власти, а принцип разделения властей не допускал такого расширения влияния судебной власти». <sup>13</sup> Характерно, что в современной отечественной теории

---

<sup>7</sup> Монтескье Ш. Л. О духе законов. 11, VI // Антология мировой правовой мысли. Т. III. М., 1999. С. 117.

<sup>8</sup> Там же.

<sup>9</sup> Там же. С. 120.

<sup>10</sup> Луковская Д. И. Социологическое направление во французской теории права. Л., 1972. С. 50.

<sup>11</sup> Там же. С. 50–51.

<sup>12</sup> Левина-Шистер М. С. 200 лет Французскому гражданскому кодексу // Кодекс Наполеона в теоретических и исторических юридических исследованиях. Сборник статей. С. 161.

<sup>13</sup> Ориу М. Основы публичного права. М., 2013. С. 566.

права правотворчество судей нередко тоже отвергается по мотивам разделения властей.<sup>14</sup>

М. Тропер, в контексте развиваемой им с 90-х гг. XX в. и наиболее популярной сейчас во Франции и других европейских странах реалистической теории толкования, рассматривает революционную доктрину и соответственно ст. 4 Кодекса Наполеона в духе традиций правовой догматики. Он предлагает перечитать ст. 4 и обратить внимание на то, что «упоминание о неясности закона есть не что иное, как предлог».<sup>15</sup> «Гражданский кодекс, — пишет он, — здесь воспринимает формализованную в 1790 г. традицию, согласно которой закон всегда ясен».<sup>16</sup>

Кодекс Наполеона — классическое произведение юридической мысли. Поэтому в нем могут найти подтверждение своих взглядов сторонники различных направлений в юриспруденции — и естественного права, и позитивизма, в том числе их современных модификаций. Кодекс был непревзойденным образцом юридической техники, и в то же время воспроизводил, переводя на язык гражданско-правовых норм, естественно-правовые идеи свободы, равенства, справедливости.

Как известно, в XIX в. традиции правовой догматики развивал юридический позитивизм. С 30-х годов XIX столетия это направление постепенно стало господствующим в Германии (Бергбом, Лабанд), во Франции (Демоломб, Лоран и другие представители школы комментаторов<sup>17</sup>), позже — в России (Г. Ф. Шершеневич и др.). Позитивисты прежде всего отрицали естественное право в любом его варианте.<sup>18</sup> Право, считал К. Бергбом, было, есть и будет формальным. Правом «является лишь то, что функционирует как право, без какого-либо искажения».<sup>19</sup> Поэтому «даже самое жалкое позитивное право превзойдет самое великолепное идеальное право точно так же, как калека, который видит, слышит и действует лучше даже самой прекрасной статуи, которая глуха, слепа и недвижима».<sup>20</sup>

Юридический позитивизм воспринял формировавшуюся еще при абсолютизме теорию толкования воли законодателя.<sup>21</sup> Допускалось только буквальное толкование, исключаящее обращение судьи к каким-либо внезаконодательным факторам. Закон объявлялся единственным источником права, содержащим все право. Соответственно правопорядок (система законодательства) в целом признавался «логически закрытым».<sup>22</sup> Считалось,

---

<sup>14</sup> Такова, например, была позиция В. С. Нерсесянца (см.: *Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства*. М., 1999. С. 351–353).

<sup>15</sup> *Тропер М. Свобода толкования у конституционного судьи // Российский ежегодник теории права*. 2011. № 4. С. 194.

<sup>16</sup> Там же.

<sup>17</sup> О взглядах представителей этой школы см., напр.: *Морандьер Ж., де ла*. Гражданское право Франции. М., 1958. С. 129; *Colin A. et Capitant H. Traité de Droit civil (refondu par J. de la Morandiere)*. Т. I. Paris, 1953. P. 169–171.

<sup>18</sup> Сложнее были отношения с исторической школой права. Хотя труды Ф. Савиньи, Г. Пухты, несомненно, оказали влияние на формирование юридического позитивизма, но согласиться с идеей права как продукта «народного духа» позитивисты не могли.

<sup>19</sup> *Бергбом К. Юриспруденция и философия права // Антология мировой правовой мысли*. Т. III. М., 1999. С. 494.

<sup>20</sup> Там же. С. 497.

<sup>21</sup> В России эту теорию развивал Е. В. Васильковский. Задача толкования, писал он, — «выяснение мысли и воли законодателя» (*Васильковский Е. В. Руководство к толкованию и применению законов (практическое пособие)*. М., 1997. С. 30).

<sup>22</sup> По мнению Э. Цительмана, наиболее глубокая и убедительная теория «логической закрытости» права принадлежала К. Бергбому. Однако, по Бергбому, эта теория

что пробелы могут иметь лишь отдельные законы (параграфы закона). При этом в большинстве случаев полагают, что заполнение пробелов «происходит не столько с помощью идеи, взятой откуда-то извне, идея должна следовать с логической необходимостью из самих уже имеющихся норм, так что правопорядок как таковой можно рассматривать как замкнутое в себе и беспробельное целое».<sup>23</sup>

После Французской революции особенно актуальной в европейских странах была идея стабилизации общественных отношений. Позитивисты — сторонники формальной законности и прочного правопорядка. Остерегаясь субъективизма и в конечном счете, как они считали, произвола судебного корпуса, они жестко формализовали деятельность судей. При этом позитивисты всегда подчеркивали первостепенное значение юридической практики. Роль теоретических представлений о праве сводилась ими к формально-юридическому анализу права — систематизации, логическому упорядочиванию, классификации правовых норм в целях прежде всего обслуживания юридической практики. Позитивистская школа «юриспруденции понятий» задачи изучения права ограничивала использованием дедуктивно-логических операций с правовыми понятиями.<sup>24</sup> Эту школу Р. Иеринг, вначале разделявший ее взгляды, позже назвал «правовой математикой».

С конца XIX в. в западноевропейском теоретическом правоведении намечались существенные перемены, ознаменовавшиеся формированием и развитием идей школы свободного права. Ее главными представителями были: в Австрии — Е. Эрлих и Г. Канторович; в Германии — Э. Юнг, Э. Фукс, Э. Штампе; во Франции — Ф. Жени, Р. Салейль, Э. Ламбер, Ж. Крюэ. К французской школе свободного права примыкали Г. Морэн и М. Леруа. В России многие идеи этой школы развивал (и даже предвосхитил их) С. А. Муромцев.

Термин «свободное право» впервые употребил в 1906 г. Г. Канторович, обобщив уже имевшиеся теории. Он определил свободное право

---

не распространялась на область тех фактов, которые не урегулированы позитивным правом; здесь речь идет о «бесправовом пространстве», не имеющем пробелов потому, что право отказывается регулировать данные отношения (*Цительман Э.* Пробелы в праве // *Российский ежегодник теории права.* 2010. № 3. С. 615, сн. 5. — Критику Цительманом идеи «бесправового пространства» см.: Там же. С. 622, сн. 14.

<sup>23</sup> Там же. С. 615, сн. 5. — Цительман приводит эту точку зрения большинства исследователей, хотя сам ее не разделяет (Там же).

<sup>24</sup> Критика юридическим позитивизмом XIX — начала XX в. «теоретического права» (К. Бергбом) была направлена прежде всего против естественно-правовых учений, в более широком плане — против явной идеологии и метафизики. Такой подход, по мнению М. Ван Хоека, «способствовал разработке более рациональной правовой доктрины и рождению дисциплины, которую мы сегодня называем «теория права»» (*Ван Хоек М.* Право как коммуникация // *Правоведение.* 2006. № 2. С. 47). Позитивистские корни теории права как самостоятельной дисциплины, действительно, вполне различимы. Но к началу XX в. позитивизм как раз вытеснялся другими направлениями в теоретическом правоведении, в том числе учениями возрожденного естественного права, а также социологическими правовыми концепциями и др. В то же время позиции позитивизма оказались незыблемыми в сфере юридической техники, основу которой составлял догматический метод. Именно в этот период техника права была выделена в системе правовых категорий стран романо-германской правовой семьи (о понятии и исторических судьбах юридической техники см., напр.: *Муромцев Г. И.* Юридическая техника (некоторые теоретические аспекты) // *Правоведение.* 2000. № 1. С. 9–20).

как особый вид естественного права.<sup>25</sup> Французские юристы по-разному именовали свободное право: таковы «объективно справедливое» Ф. Жени, «общее сравнительное право и идеал справедливости» Р. Салейля, «общее законодательное право» Э. Ламбера, «право нравов» Ж. Крюэ и др. Они по-разному понимали сущность данного права и предлагали разные методы для его обнаружения. Поэтому лишь условно можно разделить теории свободного права на естественно-правовые и социологические. Критерии такой классификации настолько подвижны, что улавливаются разве только как доминирующие в той или иной концепции.

Все сторонники этого движения объединялись в критике теоретико-методологических основ догматической юриспруденции, позитивистского учения о логической законченности и беспробельности права, образа судьи как «слуги» закона. Обосновывалась необходимость пересмотра теории и практики законодательной и особенно правоприменительной деятельности, проведения реформы юридического образования (в частности, речь шла о преподавании сравнительного права, сравнительной истории права). При этом звучали голоса тех представителей данного движения, которые предостерегали против радикальных реформ.<sup>26</sup>

Принципиально важным сторонники свободного права считали прежде всего отказ от иллюзии, будто закон содержит все право. Это сопровождалось критикой законов как таковых в силу их неизбежного отставания от «движущихся фактов» общественной жизни. «Всякий закон означает остановку права», — писал Ж. Крюэ в книге «Жизнь права и бессилие законов».<sup>27</sup> В связи с этим предстояло пересмотреть теорию закона как единственного источника права; признать неизбежность пробелов в законах на том основании, что, будучи абстрактными нормами, они не в состоянии урегулировать все нуждающиеся в правовой регламентации общественные отношения, а следовательно, порождают пробелы; обосновать предоставление судьям правотворческих функций, что позволило бы компенсировать недостатки законов.

Критика традиционной теории закона предполагала рассмотрение вопроса о том, самостоятелен ли закон по отношению к воле законодателя. Так, Ф. Жени, инициатор всего движения против комментаторской юриспруденции и догматических методов толкования воли законодателя, вместе с тем не соглашался с идеей абсолютной самостоятельности закона. Он оставался также сторонником верховенства закона в ряду источников права. Полемизируя с Ф. Жени, Р. Салейль и Э. Ламбер настаивали на том, что закон, раз изданный, отрывается от воли законодателя и с этого момента живет своей жизнью, приспособляясь к изменениям окружающей среды.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> См. подр.: *Завадский А. В.* К учению о толковании гражданских законов. Казань, 1916. С. 6 и след.

<sup>26</sup> Существуют реформы, писал, например, Р. Салейль, «перед которыми всегда будут бессильными заключившие отныне союз судебная практика и наука. Они могут идти вперед только там, где текст закона остается сомнительным. Но они бессильны там, где текст ясен и точен» (*Салейль Р.* Французский гражданский кодекс и исторический метод // Кодекс Наполеона в теоретических и исторических юридических исследованиях. Сб. статей. С. 136).

<sup>27</sup> *Cruet J.* La vie du droit et l'impuissance des lois. Paris, 1908. P. 247.

<sup>28</sup> Библиографические ссылки на произведения французских авторов (на языке оригинала), за исключением прямого цитирования, здесь и далее см. в моей книге «Социологическое направление во французской теории права» (Л., 1972). Что касается ав-



Особое внимание представители рассматриваемой школы уделяли обычаю как источнику права. Ведь революция 1789 г., как отмечал М. Ориу, «была не чем иным, как полным наступлением эпохи писаного закона и систематическим разрушением институтов обычного права».<sup>29</sup> Теперь предстояло рассмотреть широкий круг соответствующих теоретико-правовых вопросов: о соотношении закона и обычая; об особенностях материальных и психологических элементов в структуре обычая; о критериях правоустанавливающей значимости обычая и его обязательной силы; о способах государственного санкционирования обычая; о субъектах обычно-правовой практики и др.

Ф. Жени представлялось очевидным, что любой обычай, противоречащий закону, теряет юридическую ценность. Он признавал возможность дополнения закона обычаям, но не его изменение посредством обычая. Ученый, правда, вынужден был признать обычай самостоятельным источником права в современной ему Франции, но, по его словам, только потому, что к этому времени общественные отношения обогнали предписания Кодекса. Критерием юридической силы обычая он считал его психологический элемент во взаимосвязи с материальным. Причем, в понимании Ф. Жени, психологический элемент — это не общее народное верование, а общее верование (чувство) членов тех или иных социальных групп (промышленных, торговых и др.). Идею государственного санкционирования обычая в качестве критерия его признания формальным источником права Ф. Жени не поддерживал.

В отличие от него Р. Салейль допускал конкуренцию закона и обычая. В известных ситуациях, отмечал он, судья может произвести выбор между законом и обычаем и во всяком случае приспособить закон к обычаю. Критерием юридического значения обычая Р. Салейль признавал его материальный, а не психологический элемент. Полемизируя с Ф. Жени, он доказывал, что психологический элемент является лишь источником правового обычая (отождествляемого им по сути с материальным обычаем).

Юридический позитивизм воспринял идею санкционирования обычая государством, восходившую к постгlossаторам и подвергшуюся критике исторической школой права. Во Франции эту идею актуализировал Э. Ламбер. Но юридическую силу обычая он, в противовес позитивизму, связывал с его санкционированием не законодателем, а исключительно судебной практикой. Прочно зафиксировавшаяся и вместе с тем постоянно развивающаяся мобильная судебная практика, подчеркнул Э. Ламбер, может не только конкурировать с законом, не только дополнять, развивать закон или восполнять его пробелы, но и исправлять, корректировать закрепленную в законодательстве норму права.

По существу речь шла о признании формальным источником права судебного прецедента. Не случайно Э. Ламбер и его единомышленники ссылались на теорию и практику английского общего права, которое предлагалось изучать в сравнительно-историческом и сравнительном плане. И все же невозможно было отрицать, что идея судебного прецедента как источника права прямо противоречит ст. 5 Гражданского кодекса Франции, запрещающей судьям создавать общую норму. Поэтому Э. Ламбер и вы-

---

торской концепции этой давней работы, то она в настоящей статье пересмотрена прежде всего с учетом актуализации иных, по сравнению с прошлым, аспектов рассматриваемых идей.

<sup>29</sup> Ориу М. Основы публичного права. С. 11.

нужден был прибегнуть к отождествлению судебного прецедента с обычаем, санкционированным судебной практикой.

Ф. Жени категорически отрицал правообразующее значение судебной практики. Он ссылаясь при этом прежде всего на конституционный принцип разделения властей (и ряд других причин практического и технического характера). Этот принцип, по его убеждению, будет нарушен, если признать правотворческие функции судьи, когда налицо определенно выраженная воля законодателя или есть обычай. Вместе с тем Жени не считал нужным скрывать, что *фактически* в существующих во Франции социальных и политических условиях судебная практика является важнейшим инструментом правотворчества.

На то, что фактически судебная практика является источником права, ссылались почти все сторонники ее признания (в отличие от Жени) формальным источником права.<sup>30</sup> Такой же аргумент в обоснование аналогичной позиции можно встретить в работах французских авторов на исходе XX столетия.<sup>31</sup> Буквально тот же ход рассуждений характерен и для современного российского правоведения. В нашей правовой системе, пишет один из авторов, «сложилась парадоксальная ситуация, когда официально в нормах позитивного права прецедент отсутствует, но вместе с тем в практической судебной деятельности никто не отрицает колоссального правового значения судебной практики».<sup>32</sup> С точки зрения М. Н. Марченко, доминирование в системе романо-германского права двойственного, или «смешанного», представления о судейском праве как о реально существующем и фактически используемом, но формально не признанном правовом феномене — одно из наиболее значимых следствий влияния на характер и тенденции развития романо-германского права римского преторского и английского общего права.<sup>33</sup>

Полемика о формальных источниках права актуализировала вопрос о пределах судейского усмотрения: «идти через кодекс, но дальше кодекса» (Ф. Жени), либо «идти дальше кодекса, но через кодекс» (Р. Салейль). В основном эти пределы очерчивали свободу судейского правотворчества. Правда, Ф. Жени предпочитал, чтобы в любом случае сам законодатель определял, следует ли «расширить или, наоборот, сузить поле, предоставленное обычаю или свободному усмотрению судьи».<sup>34</sup> Однако сама постановка вопроса о творческой роли судейского корпуса означала новое отношение к судьям. В личности судей, их правосознании, профессионализме, гражданских качествах теперь хотели бы видеть существенную гарантию стабильности правопорядка.

С обоснованием свободы судейского правотворчества часто связывают чуть ли не революционный дух школы свободного права. Между тем принципиально новой в учениях свободного права была не как таковая идея правотворчества судей (в известных пределах), а эта идея в контек-

---

<sup>30</sup> См., напр.: *Леруа М.* Старое и новое право. К столетию Кодекса Наполеона // Кодекс Наполеона в теоретических и исторических юридических исследованиях. Сб. статей. С. 81.

<sup>31</sup> См., напр.: *Бержель Ж.-Л.* Общая теория права. М., 2000. С. 535–536.

<sup>32</sup> *Добрачев Д. В.* Роль судебной практики в современном арбитражном процессе // Правоведение. 2003. № 6. С. 128.

<sup>33</sup> *Марченко М. Н.* Разнообразие взглядов на судейское право в современной романо-германской правовой семье. С. 27.

<sup>34</sup> *Жени Ф.* Законодательная техника в современных гражданско-правовых кодификациях // Журнал министерства юстиции. 1906. № 8–9. С. 170.

сте широкого движения за обновление методологии юридической науки, теоретических представлений о праве, в тесной связи с практическими задачами юриспруденции. Наука права не должна была более считать себя самодостаточной. Все сторонники свободного права выступали за ее сближение с другими социально-гуманитарными дисциплинами — социологией, историей, психологией, политэкономией. Несомненны заслуги рассматриваемой школы в налаживании контактов юридической науки прежде всего с социологией,<sup>35</sup> в становлении сравнительного правоведения как самостоятельной отрасли науки права, обосновании идеи европейского общего права (общего сравнительного права — Р. Салейль, общего законодательного права — Э. Ламбер).<sup>36</sup> Собственно юридическая (практическая) функция сравнительного права усматривалась в том, чтобы оно стало (при наличии пробелов) источником нормотворчества судей.

Ф. Жени выдвинул теорию свободного научного исследования (иска-ния) права. Наиболее полно она разработана в его фундаментальном труде «Наука и техника в позитивном частном праве» (в 4 т., 1914–1924; 2-е изд. 1927–1930).<sup>37</sup> В этой теории он использовал идею Р. Иеринга о различении в праве содержательных и формальных элементов. Наука, полагал Жени, должна извлекать нормы из данности права, а техника — перевести выявленные наукой нормы на практический язык, прибегая к специальной терминологии, конструкциям, презумпциям, фикциям и т. п. с тем, чтобы обеспечить формальную пригодность права, его «практикабельность». В качестве формы права техника самостоятельна по отношению к содержательным аспектам права и даже противостоит им. Это, скорее, область искусства, технического мастерства юристов.

Для техники права Жени признавал роль юридического позитивизма. Именно позитивизму он и следовал, противопоставляя юридическую технику науке права. Техника, в принципе, оставалась замкнутой системой юридических конструкций, фикций и т. п., между тем Жени не представлял себе деятельность юриста (ученого, законодателя, лица, применяющего право) вне обеих сфер, охватывающих содержание и форму права, — науки и техники, соответственно данности и конструкции, познания и действия. При этом он утверждал, что вся законотворческая, правоприменительная и в целом юридическая практика должна быть направлена на уравнивание сталкивающихся в обществе интересов на основе идеи справедливости («объективно справедливого»). Эта естественно-правовая идея доминирует в теории данности Жени, являясь фундаментом юридической техники.

---

<sup>35</sup> Р. Салейль даже считал, что социология может познавать общественные институты только через институты юридические. Но, юридицируя социальное, он возражал против излишней социологизации юридического, усматривая специфику права в присутствии ему идеале справедливости, социальная ценность которого обусловлена его моральной ценностью.

<sup>36</sup> Тем самым возрождалась и актуализировалась в новых исторических условиях идея европейского *ius commune*, которая восходила к комментаторам XIII–XV вв. и была практически полностью дезавуирована национальными кодификациями, утратив в рассматриваемый период какое-либо нормативное значение. А еще через столетие, уже в наши дни, по свидетельству Д. Ю. Полдникова, некоторые ученые не без доли иронии пишут о «неожиданном открытии общей европейской истории права», о преемственности в его развитии (см.: Полдников Д. Ю. Институт договора в правовой науке Западной Европы XI–XVIII веков. Учеб. пособие. М., 2013. С. 357).

<sup>37</sup> Science et technique du droit privé positif, 1-re éd. T. I–IV. Paris, 1914–1924; 2-ème éd. T. I–IV. Paris, 1927–1930.

Ф. Жени различал четыре формы данности: реальную, или естественную (климат, почва, экономическая среда, вытекающие, как это следовало из учения Монтеスキё, из природы вещей — своеобразного онтологического аналога естественного права), историческую (доктрина, судебная практика, инструменты толкования и применения права), а также рациональную и идеальную. Рациональная данность рассматривалась Жени как глубинная основа классического естественного права. Отграничивая от нее идеальную данность, Жени пытался показать различие между разумом и интуицией в свободном искании права. Интуицию он характеризовал, в духе философии жизни А. Бергсона, как творение «всего человека», одновременно акт чувства, разума и воли.

Обращение к интуиции, в том числе и судьи,<sup>38</sup> вовсе не означало отказа от рационализма в праве. В сущности, речь шла о главенствующей роли в процессе правопознания правового сознания, точнее его психологической составляющей. Правовая наука в целом оставалась для Ф. Жени рациональным творчеством. Концепция же идеальной данности позволяла, с одной стороны, отмежеваться от рационалистического юснатурализма XVII–XVIII вв., а с другой — подчеркнуть недостаточность формально-логического анализа права.

В учениях свободного права речь шла об отказе не от догматической юриспруденции как таковой, а от представлений о ее равновеликости юридической науке как, следовательно, самодостаточной, автономной от других социально-гуманитарных дисциплин. Идея судейского права была направлена во Франции прежде всего против комментаторских теорий толкования кодекса из него же самого. Наиболее влиятельные ученые, представлявшие эту школу, никогда не видели в судье основного творца права.<sup>39</sup>

В иной плоскости развивали идеи свободно-правового движения его сторонники между двумя мировыми войнами (Морэн, Леруа). Им уже не представлялись актуальными вопросы, связанные с признанием тех или иных, кроме закона, формальных источников права, проблемы толкования права. Если эти вопросы и обсуждались, то в контексте зарождавшихся в европейской юридической науке теорий правового плюрализма. Нормотворчество корпораций, синдикатов, страховых компаний не вписывалось в классические схемы законодательного регулирования и в то же время подтверждало свободно-правовые идеи о творческой роли дополняющей

---

<sup>38</sup> С герменевтических позиций из правоприменительной деятельности интуиция вообще неустранима. Когда правоприменитель осуществляет поиск и интерпретацию нормы на предмет ее применимости к данному конкретному случаю, неизбежно возникает герменевтический круг: чтобы понять целое, необходимо начинать с частного, но чтобы понять частное, надо иметь представление о целом. Поэтому правоприменительный процесс по своей сути глубоко интуитивен (см., напр.: *Овчинников А. И.* Юридическая герменевтика как правопонимание // *Правоведение*. 2004. № 4. С. 162).

<sup>39</sup> М. В. Антонов в своей блестяще аргументированной статье, посвященной реинтерпретации учения Е. Эрлиха (у автора — О. Эрлиха) о живом праве, противостоящем, согласно традиционным интерпретациям, официальному праву государства, пытается реабилитировать Эрлиха и в его причастности к школе свободного права: «В отличие от сторонников движения свободного права, видящих в судье основного творца права, Эрлих достаточно четко обозначает пределы судейского усмотрения» (*Антонов М. В.* Ойген Эрлих: живое право против правового плюрализма? // *Правоведение*. 2013. № 1. С. 176). Однако то же самое по поводу пределов судейского усмотрения можно сказать о большинстве (главным образом французских) сторонников свободного права.

это регулирование судебной и всей юридической практики (официальный правовой плюрализм).

Школа свободного права складывалась как цивилистическая.<sup>40</sup> Модернизация ее идей, главным образом теории науки и техники Ф. Жени, связана с их пересмотром с позиций социологии права (Ж. Карбонье). Между двумя мировыми войнами вопросы судебного права начали обсуждаться в контексте проблемы конституционного контроля. Тогда возобладала в теории и впоследствии была воспринята на практике концепция конституционного контроля, основанная на идеях Г. Кельзена. Во Франции нормативистское учение Г. Кельзена развивал и утверждал в теории публичного права его ученик Ш. Эйзенман.<sup>41</sup>

В настоящее время во Франции и в других европейских странах большой интерес вызывает упоминавшаяся выше реалистическая (неореалистическая) теория толкования М. Тропера, ученика Ш. Эйзенмана. Свою точку зрения М. Тропер представляет как вариант эмпирического прочтения кельзеновской традиции.<sup>42</sup> Согласно этой теории реальный правопорядок формируют судьи, а не парламент. Как и Г. Кельзен, М. Тропер, хотя и с иной аргументацией, приходит к выводу, что правотворчество и правоприменение — один и тот же процесс. Правоприменители, наделяя смыслом текст юридических норм, тем самым создают норму.<sup>43</sup>

Если в теориях свободного права судья, хотя он и уподоблялся законодателю (в случаях пробелов в праве), но все же выступал продолжателем

---

<sup>40</sup> Как известно, идеями этой школы вдохновлялись авторы знаменитой ст. 1 вводной главы швейцарского Гражданского кодекса 1907 г., согласно которой в случае пробела в законе судья должен решать дело на основе обычного права, а при его отсутствии — в соответствии с теми нормами, которые он установил бы сам, если бы был законодателем.

<sup>41</sup> См. полемическую работу Ш. Эйзенмана, посвященную критическому анализу солидаризма Л. Дюги и теории институционализма М. Ориу (*Eisenmann Ch. Deux théoriciens du droit: Duguit et Hauriou // Revue philosophique de la France et de l'étranger. 1930. N 9–10*).

<sup>42</sup> Антонов М. В. Современная теория права во Франции: реалистический подход к праву в концепции Мишеля Тропера и спор о неореализме в толковании // *Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 337*.

<sup>43</sup> В последние годы публикуются труды М. Тропера в русском переводе (см.: *Тропер М. 1) Реалистическая теория толкования // Российский юридический журнал. 2006. № 2; 2) Функция отправления правосудия или судебная власть? // Мировой судья. 2006. № 2; 3) Свобода толкования у конституционного судьи // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4*). См. также материалы полемики М. Тропера («по поводу спора о толковании») с французским коллегой О. Пферсманном (*Пферсманн О. Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 227–300; Тропер М. Ответ Отто Пферсманну // Там же*); статью М. Тропера, посвященную критическому анализу учения о толковании права Г. Кельзена (*Тропер М. Кельзен, теория толкования и структура правового порядка // Там же. С. 203–212*). Началось в России и изучение концепций французской реалистической (неореалистической) школы, прежде всего идей М. Тропера (см.: *Антонов М. В. Толкование права как основной путь к изучению правовых институтов и явлений (на примере реалистской правовой теории М. Тропера) // Сравнительно-правовой анализ в исследованиях правовых институтов и явлений в отраслевом, страноведческом и временном аспектах. Труды лаборатории сравнительно-правовых исследований / под ред. Т. А. Алексеевой, А. В. Ильина. СПб., 2011. С. 63–73*). — См. также упоминающую выше монографическую статью того же автора «Современная теория права во Франции: реалистический подход к праву в концепции Мишеля Тропера и спор о неореализме в толковании»; см. также: *Гаджиев Г. А. Онтология права. М., 2013. С. 224–240*.

дела, начатого законодателем, то в концепции М. Тропера судья обладает монополией на правотворчество. Как представляется, это положение не колеблется по существу ссылки Тропера на признаваемую им зависимость судей от позиции вышестоящих органов и др. Ведь Тропер и на самом деле надеется именно на правотворчество судейского корпуса. Он отличает независимое и объективное по своей сути отправление правосудия от политизированной деятельности парламентского законодателя, полностью зависящей, по его мнению, от личных предпочтений.<sup>44</sup> Доверие к судье сочетается таким образом с серьезными сомнениями в объективности законодателя.<sup>45</sup>

М. В. Антонов допускает и даже предпочитает, в противовес англо-американским вариантам прецедентного права, восприятие российской правовой системой идей европейского правового реализма (неореализма) и прежде всего М. Тропера.<sup>46</sup> Этот вопрос требует обсуждения, особенно в контексте конституционного правосудия в России.<sup>47</sup> Правда, общетеоретическое обоснование идей Тропера «в духе Тропера» может быть существенно затруднено хотя бы потому, что в отечественной теории права только начинается серьезное изучение такого важнейшего идейно-теоретического источника европейского правового реализма, как учение Г. Кельзена.<sup>48</sup> А вот, например, «в духе Муромцева» (это и сегодня радикальные взгляды<sup>49</sup>) и современной идее школы свободного права обсуждение проблемы правотворчества судей вполне органично вписывается в сложившуюся ситуацию в российском теоретическом (включая отраслевое) правоведении. Эта ситуация, по крайней мере по проблеме судейского права, характеризуется, как и 100 лет назад, прежде всего попытками преодолеть наиболее жесткие варианты классического (этитастского) юридического позитивизма. Ведь господствующая позитивистская доктрина, даже в относительно обновленном виде, готова признать идею индивидуального судебного правоприменения как творческой, но лишь конкретизирующей законодательство деятельности.<sup>50</sup>

<sup>44</sup> Тропер М. Функция отправления правосудия или судебная власть? С. 4.

<sup>45</sup> Заслуживает специального исследования эволюция образов законодателя и судьи в континентальном (возможно, в том числе и российском) правосознании за последние столетия.

<sup>46</sup> Антонов М. В. Толкование права как основной путь к изучению правовых институтов и явлений (на примере реалистской правовой теории М. Тропера). С. 73.

<sup>47</sup> См., напр.: Зорькин В. Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда РФ // Журнал российского права. 2004. № 12.

<sup>48</sup> Из такого рода работ, посвященных нормативизму Г. Кельзена, см.: Краевский А. А. 1) Чистое учение о праве Ганса Кельзена и аналитическая философия // *Российский ежегодник теории права*. 2011. № 3; 2) Ганс Кельзен и теория судебного контроля законодательства // *Правоведение*. 2012. № 2. С. 186–189; Антонов М. В. Чистое учение о праве, справедливость и естественное право / пер. с нем., англ., фр.; сост. и вступ. ст. М. В. Антонова. СПб., 2015. С. 9–106.

<sup>49</sup> С. А. Муромцев писал: «Судья — законодатель, тем более деятельный, чем менее деятельным оказывается сам законодатель, он сам проводник в жизнь тех начал, которые сознание общества в противоположность действующему закону объявляет справедливыми и общественными» (*Муромцев С. А. Право и справедливость // Сборник правоведения и общественных знаний*. Т. II. М., 1893. С. 11).

<sup>50</sup> См., напр.: Ершов В. В. Статус суда в правовом государстве. М., 1992. С. 162. — А. В. Аверин с заметной осторожностью допускает усиление «судейского произвола» (кавычки А. В. Аверина) в случаях несоответствия норм права потребностям общественного развития (см.: *Аверин А. В. Судебное правоприменение и формирование научно-правового сознания судей (проблемы теории и практики)*. Автореф. дис. ... д. ю. н. Саратов, 2004. С. 39–40).