

Секция «Юриспруденция»

Основной фактор, обуславливающий правотворчество.

Спиричева Олеся Александровна

Студент

*Воронежский государственный университет, Юридический факультет, Воронеж,
Россия*

E-mail: lep61409@rambler.ru

Ограниченность теории историзма (рамками: обособленной нации, обычая как *исключительного* средства выражения «народного духа», самопроизвольности и безмятежности проявления «народного духа» и др.) мешала Ф.К. Савиньи и его ближайшим последователям объяснить факт рецепции, признать значительность роли суверена в законотворчестве[5]. С этой позиции затруднительно объяснять правовые реалии сегодняшнего дня.

Взяв за основу ряд идей историзма: культурная обусловленность права, народное сознание как источник права и др., предположим следующее: *санкционированное сувереном право детерминируется интуитивным чувством должного, особым взглядом на рациональность (объективно обусловленным и динамичным) большинства определённой культурно-правовой единицы, выделяемой на основе общности права.* Назовём его «правоопределяющее чувство».

Возможность суверена влиять на развитие права не отрицается. Изложенные выводы не относятся к тирании.

Норма - нечто характерное для большинства, усреднённое. Большинство выражает «культуру» общности.

Рецепция права предопределяется изменениями в народном сознании, в связи с культурной ассимиляцией, и уже потом она происходит на уровне власти или науки, на это указывают наблюдения многих исследователей, например: Г.Берман отмечает наличие в обычаях германцев, до формирования официального права, элементов римского права [2]. Заимствование Русью византийской культуры и права как её части до появления законодательства[4]. Римское право изначально реципировали нации, подвергшиеся наибольшему влиянию римской культуры (Германия, менее Франция и др.) – оно стало для них общим правовым регулятором (наряду с варварским правом), в то время как в Англии рецепция римского права не стала фактором развития законодательства [3]. Чуждые культуре нормативные заимствования «не работают»[4].

Обычай – сообразный «инструмент» для оформления (и гарантирования) права в общностях, размер которых позволяет непосредственно сообщаться «носителям правовой идеи культурно-правовой общности» - обозначая при этом, посредством негласного одобрения или запрета большинством определённого образца поведения - норму. В общностях такого масштаба, как современное государство, «правоопределяющее чувство» не может объективироваться из-за невозможности *непосредственного* негласного одобрения (запрета) поведения *именно большинством* культурно-правовой общности, для обозначения нормы (и гарантирования соответствующей силой) требуется посредник – суверен.

Первые законодательные акты многих наций были результатом компиляции обычаев, - право облекалось *в форму*, соответствующую *новому масштабу культурно-*

правовой общности, где гарантом и оформителем права становился суверен, а не большинство непосредственно (пр., народный суд).

Законообразование – двусторонний процесс, протекающий при активном взаимодействии суверена (инициатора образа нормы и правооформителя) и большинства культурно-правовой единицы. Издавая закон, власть предлагает «проект» правовой нормы, который преломляется под влиянием «правоопределяющего чувства».

Законотворческая сила большинства состоит в конклюдентной реакции («правоопределяющая реакция»), склоняющей власть к изменению законодательных актов сообразно «правоопределяющему чувству».

«Правоопределяющая реакция» на предлагаемый властью «образ» управомочивающей нормы выражается: в конклюдентном одобрении, – активном её использовании (пр.: ст.421 ГК РФ), игнорировании (пр.: ст.95 ГК РФ). Если запретительные нормы не сообразуются с запретом «правоопределяющего чувства», массовость нарушений делает не оправданным их существование (пр.: нормы о запрете спекуляции в прошлом). Обязывающая норма не сообразуется с «правоопределяющим чувством», - обязанность массово не исполняется, применение мер принуждения становится затратным и неэффективным (пр.: размер налогов) и т.д.

Фактором здесь является и моральное давление на отклоняющееся поведение меньшинства как естественное средство поддержания правопорядка в обществе с «гармоничным» законообразованием, и оправдание обществом *формально* противоправных деяний, порождающее «правовой нигилизм».

Неспособность суверена к адекватному оформлению права делает законодательство «формальным», активизирует использование альтернативных социальных регуляторов, действующее законодательство теряет авторитет, что, впоследствии, может вызвать появление альтернативной власти, берущей на себя роль выразителя и гаранта «реального» права. Такие перспективы сознательно либо бессознательно для власти, как правило, склоняют законодательство в «правовое русло».

Мониторинг законодательства, доктринальные рекомендации, правовое оформление фактических отношений, и т.п. - ориентированы на создание потенциально «работающего закона», следовательно, на приближение к соответствию «правоопределяющему чувству».

Косвенное подтверждение изложенной позиции можно отыскать в следующих мыслях: по заключению В.Грибовского, исследовавшего правовое взаимодействие народа и власти в Византии, в Эпанагоге, в отношении положения царя, оформлены «данные народного правосознания», чуждые ему нормы, искусственно привнесённые политиками, оказались «мертворождёнными» [4], объективная необходимость и народные настроения стали причиной реформаторской деятельности Солона в Афинах [1], П. Эртманн считает, что правосознание должно оформляться в право через фактические отношения, становясь источником развития «мёртвой буквы закона» [8], А. Овчинников видит причину неудач реформ 90-х в России в их оторванности от «общественно-политической парадигмы и национальной культуры» [6]. Г. Харт указывает на характерность социальных норм для сознания большинства общества [7].

Изложенными доводами не умаляется роль иных факторов развития законодательства.

Литература

1. Аннерс Э. История европейского права. М., 1996.
2. Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1994.
3. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1999.
4. Грибовский В.М. Народ и власть в Византийском государстве. Опыт историко-догматического исследования. СПб.,1897.
5. Новгородцев П.И. Историческая школа юристов, ее происхождение и судьба. М., 1896 .
6. Овчинников А.И. Правотворческие ошибки как проблема юридической эпистемологии // Правотворческие ошибки: понятие, виды, практика и техника устранения в постсоветских государствах. М, 2009.С.217-234.
7. Харт Г.Л.А. Понятие права. СПб.,2007.
8. Эртманн П.Э. Обычай и закон. СПб.,1899г.

Иллюстрации

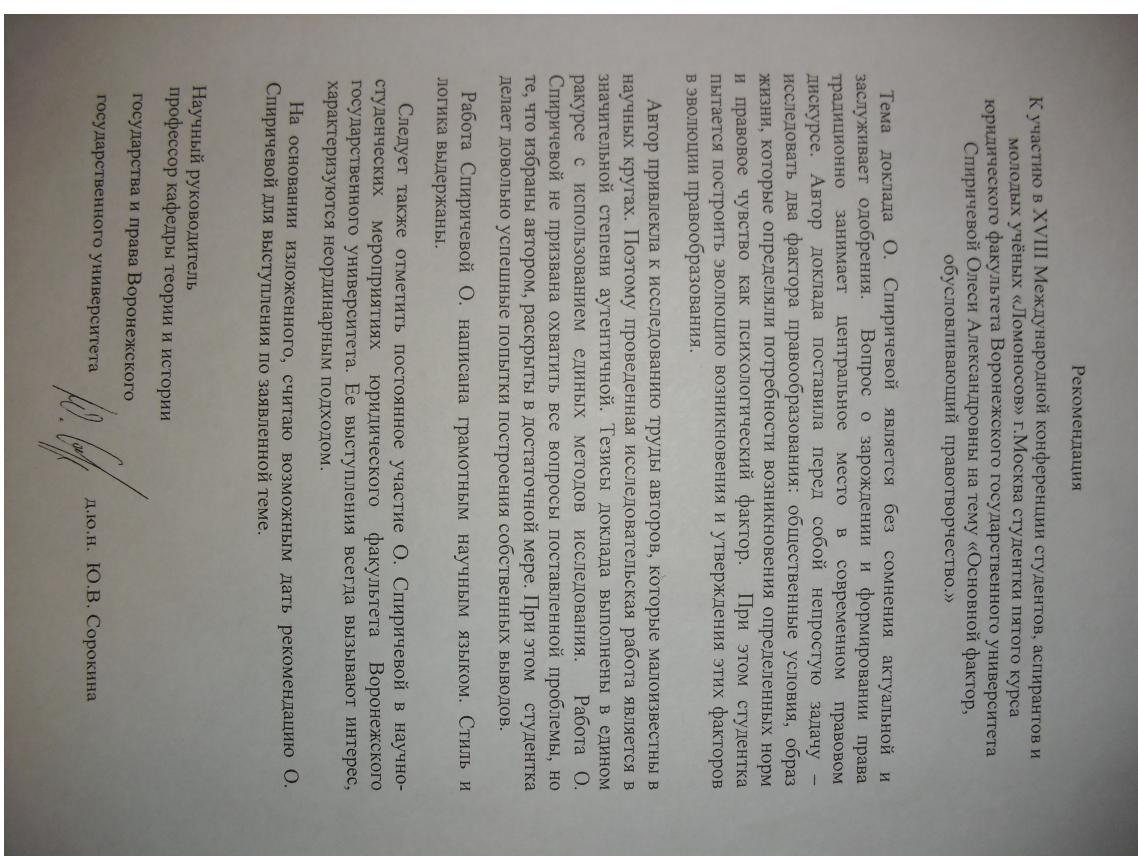


Рис. 1: рекомендация