

Секция «Юриспруденция»

Основной фактор, обуславливающий правотворчество.

Спиричева Олеся Александровна

Студент

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

E-mail: lep61409@rambler.ru

Ограниченностю 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 объяснить 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 долиного, 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]. Задимствование Русью византийской культуры и права как её части до появления законодательства[4]. Римское право изначально реципиравали 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 культуры 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 обычаяев, - 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» упражняющая 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 действий, 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», чужды 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., Жоффе-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

Конференция «Ломоносов 2011»

Рекомендация

К участию в XVIII Международной конференции студентов, аспирантов и молодых учёных «Ломоносов» г.Москва студентка пятого курса юридического факультета Воронежского государственного университета Спиринчевой Олеся Александровны на тему «Основной фактор, обуславливающий правотворчество.»

Тема доклада О. Спиринчевой является без сомнения актуальной и застуживает одобрения. Вопрос о зарождении и формировании права традиционно занимает центральное место в современном правовом дискурсе. Автор доклада поставила перед собой непростую задачу – исследовать два фактора правобобразования: общественные установки, образ жизни, которые определяли потребности возникновения определенных норм и правовое чувство как психологический фактор. При этом студентка пытается построить эволюцию возникновения и утверждения этих факторов в эволюции правообразования.

Автор привлекла к исследованию труды авторов, которые малоизвестны в научных кругах. Поэтому проведенная исследовательская работа является в значительной степени аутентичной. Тезисы доклада выполнены в едином ракурсе с использованием единых методов исследования. Работа О. Спиринчевой не привлана охватить все вопросы поставленной проблемы, но те, что избраны автором, раскрыты в достаточной мере. При этом студентка делает довольно успешные попытки построения собственных выводов.

Работа Спиринчевой О. написана грамотным научным языком. Стиль и логика выдержаны.

Следует также отметить постоянное участие О. Спиринчевой в научно-студенческих мероприятиях юридического факультета Воронежского государственного университета. Ее выступления всегда вызывают интерес, характеризуются неординарным подходом.

На основании изложенного, считаю возможным дать рекомендацию О. Спиринчевой для выступления по заявленной теме.

Научный руководитель
профессор кафедры теории и истории
государства и права Воронежского
государственного университета

д.ю.н. Ю.В. Сорокина

Рис. 1: рекомендация