

## Дискурс обычая в праве Франции

Статья посвящена дискурсу обычного права средневековой Франции. Несмотря на уменьшение роли обычного права в романо-германской правовой семье, оно заслуживает внимания исследователей в том числе с точки зрения его дискурса, ибо обычаи и обыкновения, независимо от господства позитивизма, сохраняют право гражданства в торговом и трудовом праве Франции, а также в международном праве и в праве Европейского союза.

*Ключевые слова:* обычай, источник права, дискурс, толкование, адагия.

Для правоведа насущным является вопрос, как сделать так, чтобы позитивное право было эффективным, т. е. вошло в привычку людей, чтобы право стало неотъемлемой частью поведения. Для этого необходимы не только авторитет и сила, но и подобно языку и вместе с дискурсом бессознательное встраивание обычая в обыденную картину мира. Как и в языке, естественной семиотической системе, здесь действуют время, преемственность, консенсус со стороны коллектива, всеобщность и т. д. Таким образом, обычай находится во взаимодействии с другими институтами.

Во французском языке понятие «обычай» имеет несколько, по-разному относящихся к праву эквивалентов: *coutume* (обычай, кутюм), *pratique* (практика), *usage* (обычай). Объяснение различий между ними находим в книге Ф. Терре «Общее введение в право»<sup>1</sup>: *coutume* (кутюм) – самый древний источник права, особенно в обществах, где еще нет публичной власти для принятия законов. Обычай (*usage*) может иметь обязательную силу (касающуюся нравов людей, поведения в обществе, моды и т. д.), но он не приобретает

юридической силы, не становится источником права, в то время как кутюм может быть источником права. Обратим внимание на то, что слово *usage* имеет еще значение действия (использования), во множественном числе – значение «обыкновения». Понятие *pratique* (практика) связано с обычаем, оно позволяет констатировать наличие права и указывает модели поведения. Правом обычная практика не регулируется.

Средневековые кутюмы, действовавшие в Европе в X–XV вв., следует рассматривать в их взаимодействии с другими регуляторами и институтами. На русском языке родовому понятию «обычай» с помощью вокабулы «кутюм» придано видовое конкретное значение с целью показать особенности обычаев в определенный исторический период Средневековья. Выбор такой кальки объясняется также переводческими обыкновениями в России и неразработанностью проблем обычного права при осуществлении перевода.

Различия между кутюмами и обычаями закреплено в поговорке: *Une fois n'est pas coutume* (Один раз не в счет). Употребление слова *coutume* свидетельствует о его обязательном характере. В комментариях данной адагии ставятся вопросы: сколько раз должен повториться обычай и какова его длительность – 10, 20 или 40 лет, чтобы стать обязательным.

Временной фактор действительно имеет значение для характеристики обычая. Однако длительность обычая четко не определена, и время проявляется по-разному (обычай может возникнуть внезапно и длиться недолго).

Другим основанием является консенсус, согласие народа (*consensus populaire*) или «терпимость со стороны власти» (*patientia-principis – tolérance du prince*).

Обычай является социологическим по своему осуществлению, он имеет социологический характер подобно языку, так как складывается в результате повторяющегося использования группой людей. Здесь действует и психологический момент.

Чтобы обычай перешел в сферу права, он должен войти в практику, иметь *usage général et prolongé* (всеобщее длительное использование), что является материальным фактором (*élément matériel*). Чтобы стать юридическим, обычай должен приобрести обязательный характер, защищаться санкциями (*être sanctionné*).

По степени обязательности обычай можно классифицировать как юридически обязательные и необязательные (*facultatifs*). Закон противопоставлен обычаю на основе формальности/неформальности.

Обычное право (*le droit coutumier*) является устным по происхождению, при записи оно переходило в разряд писаного (*droit écrit*) и дополнялось появлявшимися правами. Основное его отличие от закона заключалось в том, что оно порождалось обычаями и изменялось под влиянием действительности. Обычное право было востребовано вплоть до периода Людовика XIV, пока издавалось мало законов. Это свидетельствует о взаимозависимости между институтами законодательства и обычая.

Во Франции кутюмы были либо местного, либо германского происхождения и имели региональное распространение. В средневековой Европе на них можно было сослаться в суде (они имели правовые последствия, и в этом было их отличие от обычаев и обиховений), поэтому население требовало их записи. Запись кутюмов является свидетельством развития права. Информацию об этом можно получить в хартиях вольности (*chartes de franchises, d'affranchissement*). Как пишет Ж. Годме<sup>2</sup>, кутюмы отличаются от хартий вольности, так как хартии принимались в результате борьбы граждан за права и с согласия сеньора, в них происходило закрепление обычая и создание нового права. Обычное право конкурировало с каноническим (церковным) правом, римским правом и законами короля (*droit régalien* – от *régale* – право короля взимать налоги); позднее права короля расширились до права иметь армию, выпускать денежные единицы, поэтому эквивалентом *droit régalien* можно предложить *державное право*).

Под влиянием рецепции римского права Франция оказалась разделенной на *pays de coutumes* (местности на севере, где действовали обычаи) и *pays de droit écrit* (местности на юге, где действовало писаное право). В указанных названиях отражено противопоставление устного и писаного права. Там, где действовало писаное право, это было римское право, находившееся уже под большим влиянием Священной Римской империи, но ни король, ни сеньоры не признавали римское право в качестве государственного, поэтому оно действовало как кутюмы или как писаный разум (*ratio scripta*), но параллельно развивались местные обычаи (*usages locaux*). Таким образом, в дореволюционной Франции царил множество мелких правовых систем, поэтому А. Ролан и Л. Буайе<sup>3</sup> приводят удачное выражение Вольтера: «*En voyage ant on change plus souvent de lois que de chevaux*» (Путешествуя, чаще меняют законы, чем лошадей). А это, по их мнению, создавало правовую неопределенность (*incertitude juridique*), так как тот, кто ссылался на кутюмы, должен был доказывать их в суде. Для писаного права доказательства не требовалось – оно было записано. Это было одной из причин записи

кутюмов. Однако кутюмы как более гибкие правила под влиянием действительности быстро эволюционировали, поэтому их записывали неоднократно. Так, *Coutumes de Paris* (Парижские кутюмы) как наиболее значимые в стране были записаны в 1510 и 1580 гг. Запись кутюмов давала возможность ознакомиться с ними, сравнивать их. В случае возникновения правовых противоречий суды часто прибегали к Парижским кутюмам, которые вместе с римским правом способствовали унификации страны.

Кутюм действительно имеет две основные черты: постоянство и длительность (объективные признаки) и принятие его группой лиц в определенный момент (субъективные признаки), когда он становится обязательным. В отличие от нормы в нем нет санкции.

Кроме территориального и временного измерений, обычай характеризуется социологическими характеристиками: неформальностью и известностью<sup>4</sup>. Понятие *notoriété* (общеизвестность) обычая коррелирует с понятием *publicité* (публичность) в праве. В отличие от опубликования, формализованного в праве, общеизвестность обычая похожа на то, как распространяются знания языка: подобно языку обычай не имеет специально организованной публичности. Напомним, что в древности люди свои обычаи, как и язык, прекрасно знали и хранили, а записывали, как считают некоторые, только для чужеземцев.

Хотя в настоящее время кутюмы уже не имеют прежнего распространения во Франции, так как Франция стала страной континентального позитивного права, где доминирует закон (из ГК они ушли почти полностью), однако в торговом праве, трудовом праве, международном публичном праве еще остаются (и даже возникают) обычаи и обыкновения (например, *usages et habitudes* в ст. 8 Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.). В международном праве обычай может влиять на международные договоры и судебную практику; наряду с этим действует профессиональная этика, оказывающая влияние на торговые сделки и иные правоотношения. Считается, что в унитарном государстве, каковым является Франция, при действии позитивного права обычай, являющийся результатом прямой демократии, не может иметь главенствующего значения (во Франции в настоящее время действует *la démocratie participative* – демократия, основанная на участии, представительная, или «партиципативная», демократия).

В связи с уменьшением роли обычая в некоторых отраслях права можно поставить вопрос о его дискурсе. Исчез ли он совсем, остался ли в какой-либо форме и где? Является ли обычное право неотъемлемой частью права и правового дискурса? Если да и если,

например, право Европейского союза является правом в полном смысле этого слова, то где его искать? Представляется, что европейскому праву не достает психологического момента связи сознательного с бессознательным, коллективного с индивидуальным, что может восполнять обычай. Частично этот пробел восполняется с помощью социального и гражданского диалога (*dialogue social et civil*), который имеет форму европейских коллективных переговоров (в России его неправомерно называют термином «социальное партнерство»). Данный термин является переводческим парадоксом, ибо во французском праве этот тип отношений (дословно) называется «социальным диалогом», слово *partenariat* никогда не используется в этих случаях ни в праве Франции, ни в бельгийском праве, где данный тип отношений называется *concertation sociale* (дословно «социальное примирение»), в то же время социальные партнеры называются *partenaires sociaux*.

Обычное право фигурирует среди неписаных источников права Европейского союза. Под обычным правом (*droit coutumier*) в настоящее время подразумевается право, которое используется и принимается всеми и которое дополняет и изменяет *droit originnaire ou dérivé* (первичное или вторичное право ЕС). Возможность существования такого права в ЕС в принципе признается<sup>5</sup>. Однако на практике, как пишет автор, развитие обычного права наталкивается на большие препятствия именно в праве Союза. Первым таким препятствием является специальная процедура по пересмотру договоров (статья 54 Договора о Европейском союзе). В данной статье установление обычного права, конечно, не исключается, в ней подчеркивается трудность соблюдения критериев долгого использования и правовой приемлемости. Еще одним примером установления обычного права институтами Союза является то, что любое действие института может обрести легитимность только на основе договоров, а не на основе реального поведения или воли института создать правоотношения. Поэтому на уровне договоров обычное право никак не может быть установлено институтами Союза, оно может быть установлено государствами-членами и только на основе вышеуказанных строгих критериев. Однако при толковании норм, установленных институтами, можно сослаться на практику и правовые обыкновения институтов Союза, что может изменить реальную правовую значимость соответствующего правового акта, но и в этом случае действуют условия и ограничения, предусмотренные в первичном праве Союза.

Таким образом, обычное право (бессознательное, инстинктивное, непредумышленное) противопоставлено рукотворному пози-

тивному праву, глубоко продуманному, соответствующему определенной воле и защищаемому санкциями. (Отметим, что и то, и другое называется правом.)

Обычай находится в гармонии с нравами и другими общественными установлениями, поэтому люди выступают за обычай, он естественно изменяется вместе с изменяющейся действительностью. Закон же сохраняется (или, по крайней мере, должен сохраняться) без изменений при изменении действительности и прекращении его права на существование (*raison d'être*). Обычай отличается от закона тем, что автор закона известен, а обычая нет, он возникает стихийно. Истории права известны случаи записи обычаев и превращения их в законы или, по крайней мере, признания за ними официального характера. Первые сборники обычаев в Европе XII–XIII вв. появились в Нормандии и других регионах Франции. В XIV–XV вв. появились сборники в Шампани, Бретани, Бургундии и Пуату. В данных сборниках фигурируют не только средневековые кутюмы, но и нормы римского и церковного права. Правила из сборников, составленных в Нормандии и Бретани, остаются актуальными и в наше время.

Степень близости обычая к действительности определяется следующим соотношением: действительность – обычай – закон. Действительность оказывает прямое влияние на обычай и соответственно на его дискурс, а тот, в свою очередь, на позитивное право, но отношения между ними не прямые. Отношения между обычаем и законом (позитивным правом) определяются следующими латинскими названиями: *secundum legem*, *supra legem*, *extra legem*, *contra legem*, которые приравниваются к юридическим принципам<sup>6</sup>:

- 1) обычай *secundum legem* заранее получают одобрение в законе, и их сила эквивалентна силе закона (*bonnes mœurs* – добрые нравы);
- 2) обычай *supra legem* обладают верховенством по отношению к закону и входят в общие принципы права;
- 3) обычай *extra legem* действуют в тех случаях, когда закон молчит;
- 4) обычай *contra legem* направлены против закона, когда закон не применяется именно из-за действия этого обычая, что приводит к отмене закона.

Таковы юридические категории обычаев, формирующих обычное право и соответственно правовой дискурс. История римского права и его источников, а также обычного права показывает, что словесным оформлением обычая являются адагии (изречения). Обычай, изречения показывают, что фиксация происходит через форму в период оро-акустической культуры, метрически способствуя запоминанию.

Адагия – форма вербализации обычая, краткое высказывание, выражающее в лапидарной форме норму обычая или кутюма. Ниже приводится список вокабул, объединенных общим значением «изречения», подтверждающим их устное происхождение и позволяющим различить оттенки значений и разные источники их возникновения. Все они объединены на французском языке общим словом, каковым является слово *adage* (от латинского *aito* – говорю), его эквивалентом в русском языке служит малоупотребительное слово «адагия».

Родовым понятием «адагия» объединены многочисленные понятия, различающиеся по происхождению, содержанию и стилистике: *sentence* (f) (суждение, которое в Риме судьи делали по завершении процесса); *maxime* (f) (от *sententia maxima* – самое значительное суждение); *brocard* (m) (по имени юриста Burchard); *apophtègme* (m) (сентенция); *aphorisme* (m) (афоризм, от греческого *aphorismos* – определение); *axiome* (аксиома); *dicton* (m) (поговорка); *parole* (f) (слово, высказывание), *proverbe* (m) (поговорка) и многие другие.

Представленный список вокабул (метадискурса речевой деятельности) отражает разнообразие источников их происхождения из разных языков (от греческого и от латинского) и разных сфер. К правовому дискурсу относятся юридические адагии (*adages juridiques*). Они предстают перед нами как аксиомы, афоризмы, в которых закреплены правовые идеи веков.

Интересно, что хотя в Англии не было рецепции римского права, латинские адагии там использовались и широко используются до сих пор как *ratio scripta* (писанный разум).

Во Франции адагии создавались канонистами (*canonistes*) и глоссаторами в период господства латинского языка вплоть до XVI в. Греческий язык не получил в средневековой Европе такой поддержки, как латынь. Как объясняет Ж. Корню<sup>7</sup>, когда при глоссировании встречались греческие выражения, преподаватели говорили: «Это по-гречески, читать не будем», хотя римские юристы использовали греческие адагии и сами могли находиться под влиянием греческой этики и философии. То же было и в судах, где не принимались ссылки на греческие адагии, поэтому они не получили такого прямого распространения, как латинские (которые часто представляли собой перевод с древнегреческого). По происхождению юридические адагии состоят из нескольких пластов:

- традиционные латинские сентенции и максимы, используемые и теперь в латинском языке (в том числе и в праве России). Среди них есть римские адагии, но также и те, которые

- были созданы после падения Римской империи, благодаря рецепции римского права, развитию церковного права и распространению латыни по всей Европе;
- французский пласт иноязычного происхождения. В эпоху Средневековья на французский язык переведены адагии, созданные в Риме, т. е. адагии на французском языке могли иметь римское или иное происхождение, при этом адагии на латинском языке переводились или имплементировались;
  - французский пласт французского происхождения. Адагии возникали из практики и записывались начиная с XVI в. В XVII в. опубликованы три главных сборника – два по максимумам гражданского права и один – по уголовному праву. Самый знаменитый сборник создан Антуаном Луазелем в 1608 г. под названием «*Institutes coutumières*» (Институции обычного права), а его ученик опубликовал в 1683 г. «*Les Axiomes du Droit français, par le sieur Catherinot*» (Аксиомы французского права господина Катерино), где аксиомы собраны по темам (адвокаты, адюльтер, прибыль, имущество, счета). Третий сборник составлен в Лувене юрисконсультom XVI в. Йоседом Данудером в 1555 г. под заглавием «*La pratique et Enchiridion des causes criminelles*». Как указывает Ж. Корню, в этих сборниках отражена сущность обычного права.

Из современных изданий на сегодняшний момент следует отметить словарь «Адагии французского права» А. Ролана и Л. Буайе<sup>8</sup>. По признанию авторов, в словарь включены адагии, которые используются в современном праве Франции, в международном праве или праве Европейского союза.

Особенность адагий заключается в том, что они надсистемны (универсальны), выступают как принципы, при их изучении стираются грани диахронии и синхронии и действует девиз: прошлое проявляется в настоящем. В России также изданы словари юридических латинских изречений<sup>9</sup>, юридических пословиц и поговорок русского народа<sup>10</sup>, древнерусских юридических терминов<sup>11</sup>. Особо следует отметить монографию Е.И. Темнова «Звучащая юриспруденция»<sup>12</sup>. В словарях фигурируют в том числе термины, которые в современном праве не используются.

В словаре «Адагии французского права» наряду с алфавитной классификацией все адагии распределены по отраслям права, которые они обслуживают<sup>13</sup>, и дается их подробный юридический комментарий.

Специфика адагий заключается еще и в том, что они возникали не только из суждений (сентенций) юрисконсультов или коммен-



таторов, но и от непрофессионалов, отсюда проявление в них разговорного языка, народного стиля наряду с научным (*estimation vaut vente* – оценка означает продажу, *qui fait l'enfant doit le nourrir* – кто делает ребенка, должен его кормить, *qui paie mal, paie deux fois* – кто плохо платит, платит дважды, *le fond emporte la forme* – суть главнее формы).

Адагия является свидетельством встречи прошлого с настоящим: сначала она вербализует действительность, а в наше время используется в качестве принципа в судебных решениях. Например, в судебной практике ЕС Суд ЕС в своих решениях по делам C-150/10 arrêt Veneos. Oraftidu 21.07.2011 и C-526/08 Commissionc. Luxembourg du 29.06.2010 опирался на принцип *non bis in idem*. За пределами права в других сферах смысл адагии обобщается, и они используются как универсалии, т. е. в эволюционной перспективе из правила (в конкретной действительности и в конкретный момент) адагия превращается в принцип (при изменении времени и пространства в сфере права) и далее становится еще более обобщенной и абстрактной (понятийной) при выходе из сферы права в картину мира (общелитературный язык), идя по пути интертекстуальности или образования концепта или понятия.

Адагии, представленные в словаре, характеризуют главным образом право средневековой Франции, когда развивалась юридическая техника и происходила рецепция римского права, поэтому в них отражены:

- 1) юридическая техника: *l'égalité est l'âme des partages* (равенство – душа раздела (имущества));
- 2) юридическое рассуждение: *bonne foi est toujours présumée* (добросовестность всегда презюмируется);
- 3) речевое поведение, в том числе во время судебного процесса: *à l'accusé le dernier mot* (последнее слово обвиняемому).
- 4) толкование: *affirmer n'est pas prouver* (утверждение не есть доказывание);
- 5) метадискурс: в адагиях, посвященных толкованию, показаны механизмы толкования или метадискурс, который является комментарием или толкованием: *error communis facit jus – l'erreur commune est créatrice de droit* (общее заблуждение создает право);
- 6) дидактика: можно даже не приводить примеры адагий, ибо они по существу все дидактичны.

Некоторые адагии трудно четко отнести только к праву, они могут относиться и к другим сферам, например, адагия *ce qui est permis n'est pas toujours honnête* (что разрешено, не всегда является честным) отнесена авторами словаря к праву и нравственности.

Отношение к общим понятиям и принципам может быть разным в разных правовых порядках, несмотря даже на наличие адагий. Например, адагии *qui ne dit mot consent, qui se tait est réputé consentant* показывают, что идея «молчание – знак согласия» восходит к латинской адагии как к более ранней. Она присутствует в обыденной картине мира, однако в административном праве Франции молчание администрации в ответ на заявление означает отказ, а в праве ЕС молчание Комиссии в ответ на заявление может быть основанием для подачи иска в суд.

Французские адагии (как принципы) заслуживают пристального внимания с точки зрения дидактики, так как раскрывают разные стороны менталитета, которые определяют правосознание, внутреннюю форму языка, языковую картину мира, являясь квинтэссенцией не столько дискурса, сколько поведения и права.

Общим с лингвистической точки зрения признаком представленных адагий является то, что несмотря на последующую запись (в разные далеко отстоящие друг от друга периоды) по своей функции они воспринимаются как устный дискурс, а в настоящее время используются в письменном языке. Являясь квинтэссенцией прошлого опыта, они носят назидательный характер и направлены на обучение юристов, привитие им здравого смысла, логического мышления, нравственности, этики, осторожности и мудрости.

---

#### Примечания

- <sup>1</sup> *Terré F.* Introduction générale au droit. Paris: DALLOZ, 1991. P. 180.
- <sup>2</sup> *Gaudemet J.* Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit. Paris: Montchrestien, 1997. P. 33.
- <sup>3</sup> *Roland H., Boyer L.* Introduction au droit. 3-e éd. Paris: Litec, 1991. P. 181–182.
- <sup>4</sup> *Ibid.* P. 349–362.
- <sup>5</sup> *Borchardt K.-D.* L'ABC du droit de l'Union européenne. 2010.
- <sup>6</sup> *Roland H., Boyer L.* Op. cit. P. 354–358.
- <sup>7</sup> *Cornu G.* Linguistique juridique. 2<sup>e</sup> éd. Paris: Montchrestien, 2000. P. 363.
- <sup>8</sup> *Roland H., Boyer L.* Adages du droit français. 4-e éd. Paris: Litec, 1999.
- <sup>9</sup> *Темнов Е.И.* Латинские юридические изречения. М.: Юристь, 1966.
- <sup>10</sup> *Илюстров И.И.* Юридические пословицы и поговорки русского народа. 3-е изд. М.: КРАСАНД, 2011.
- <sup>11</sup> *Исаев М.А.* Толковый словарь древнерусских юридических терминов. М.: Спарк, 2001.
- <sup>12</sup> *Темнов Е.И.* Звучащая юриспруденция. М.: Волтерс Клувер, 2010.
- <sup>13</sup> *Roland H., Boyer L.* Adages du droit français. P. 969–991.