



СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ: ФУНКЦИЯ, СТРУКТУРА, КОНСТРУКЦИЯ

О. ХАЛАБУДЕНКО,

доктор права, Международный свободный университет Молдовы (ULIM)

SUMMARY

The article considers the problem of defining the subject area of comparative law and methods applicable thereto (structural-functionalism, constructivism). The author focuses on the necessity to differentiate the concepts of *legal tradition* and *legal culture*, and establishes the relationship between them. The author points out the methodological shortcomings of the functional method, concluding that the juridical construction can be considered as a basic concept of comparative law with its method. Keywords: legal culture, legal tradition, functionalism, juridical construction.

* * *

В статье рассмотрена проблема определения предметной области сравнительного правоведения и применимых к нему методов исследования (функционально-структурный, конструктивизм). Автор фокусирует внимание на необходимости дифференциации понятий «правовая традиция» и «правовая культура» и устанавливает соотношение между ними. Автор отмечает методологические недостатки функционального метода и приходит к выводу, что юридическая конструкция может рассматриваться как основной концепт сравнительного правоведения, соответствующий методу. Ключевые слова: правовая культура, правовая традиция, функционализм, юридическая конструкция.

*Сравнительное правоведение – рефлексия юридической науки по поводу правовой действительности, формирующейся в результате преодоления известного конфликта между универсальностью правовых теорий и методологических подходов, с одной стороны, и национальным уровнем существования правовых явлений – с другой. Взгляд на право как на феномен человеческого духа – концепт, восходящий к Римскому праву – основе современной цивилизации, по меньшей мере, в частно-правовой сфере. Закономерности, действующие в социальной сфере, объясненные и поняты римской юриспруденцией, исходя из природы социального, послужили основой теоретических построений и выводов, общих для всех, кто осмысливает и применяет право на практике вплоть до наших дней. Универсальность генерализирующего метода *ius commune*, сложившегося в период рецепции Римского права как результат деятельности глоссаторов и комментаторов, позволяет утверждать, что правовые идеи имеют общую для участников правового общения природу, а, следовательно, могут быть постигнуты посредством единого правового метода.*

пределах семейных союзов (*divini et humani iuris communicatio*) и распространяющееся затем на все общество, есть основа будущего диалога правовых систем.

Очевидно также, что разрешение «в терминах и оценивание в нормах» Римского права правовых проблем, возникающих собственно за хронологическими пределами его действия, – не историческая случайность, а отражение закономерностей свойственных праву, как явлению социальной действительности. Эти закономерности, впервые осмысленные в европейской традиции права, имеют универсальный наднациональный характер. Под воздействием римского права вырабатывается представление о тех свойствах и признаках, которые присущи всякому правопорядку, входящему в европейскую правовую культуру (европейскую традицию права): «принципиальное отграничение права от религии, политики, и экономики: от деления права от неправы» [12, с. 223].

Европейскую правовую культуру характеризует понимание права как системы социальных ценностей, позволяющих легитимно присваивать блага в правовой форме, признавая и защищая их действующим правопорядком.

Успех рецепции римского права – процесса, начатого в эпоху глоссаторов и продолжавшегося вплоть до принятия кодификаций странами Восточной Европы (вторая половина XX в.), свидетельствует об универсальности типизированных правовых форм, воплощающих идеи, характерные для европейского правового пространства. В пользу такого утверждения свидетельствует общность правовых концептов, к которым прибегают

участники правового общения в решении однотипных правовых проблем. Универсальность идеи права, впервые четко сформулированная римским юридическим гением, состоит в том, что любое жизнеспособное общество обеспечивает свое существование посредством правового общения, используя при этом рационально постигаемые, нормативно определяемые и защищаемые концепты. Собственно правовое общение, формирующееся первоначально в



Право при этом не ограничивается и не сводится к общеобязательным правилами поведения, поскольку таковые присущи и не-правовым состояниям. Следовательно, право не может быть отождествлено с системой норм (позитивным правом) даже тогда, когда такое требование выдвигает политическая власть: право ни количественно, ни качественно не сводимо к формам позитивного права. Европейская традиция права подходит к определению права через понятийные концепты, разрабатываемые, прежде всего, университетской юридической наукой, в соответствии с которой право – *ars boni et aequi* – признает (легитимирует) и защищает справедливые формы присвоения благ. Отмеченные черты европейской культуры права важны не только *per se*, для оценки общего состояния «юридических дел» в правовых порядках, относящихся к европейской правовой традиции, но и с точки зрения сравнительного правоведения: процесс становления римского права, а позднее рецепция римского права – наиболее яркие из примеров восприятия сравнительно-правовых результатов в истории права.

Возникший в связи с восприятием римского права (первоначально понимаемого как правовой порядок, действовавший со времен легендарного основания Рима до завершения кодификационных работ при императоре Юстиниане) термин «рецепция», формирующий правовое пространство Европы, со временем перестает быть специальным. Он начинает применяться в сфере сравнительного правоведения во всех случаях, когда речь идет о восприятии одним правовым порядком юридически значимых концептов, свойственных другому правовому порядку¹. В широком смысле рецепция

¹ Концепт – содержание понятия (интенционал) как совокупность признаков обозначаемого понятием юридически значимого предмета.

права может быть определена как заимствование и приспособление к условиям какой-либо страны права, выработанного другим правовым порядком. По справедливому замечанию Рене Давида, «изучение сравнительного правоведения находит особое место в странах, где происходил процесс рецепции» [19].

Рецепция не ограничивается процессом «заимствования иностранных норм и принципов в действующем, позитивном праве» [7, с.16], но может рассматриваться как «восприятие духа, идей, главных принципов и основных положений той или иной локальной цивилизацией на определенном этапе ее развития» [10, с.53].

Важный методологический вопрос, предопределенный характером рецепции, возникает в связи с анализом результата рассматриваемого процесса. В этой связи необходимо определиться с известными в компаративистике понятиями «правовая культура» и «правовая традиция». Разумеется, проблема заключается отнюдь не в стремлении «избежать кроющейся в понятии культуры коннотации враждебности» [12, с. 214], заменив термин «правовая культура» на аналогично нейтральное с точки зрения политкорректности понятие «правовая традиция». Дело в ином: традиция «подчеркивает характер права и правовой культуры как чего-то исторически сложившегося»,

Концепт следует отличать, с одной стороны, от денотата, а с другой – от коннотата. Денотатом в праве является множество явлений правовой действительности, признаки которых отражены в нормативном предписании (например, типизированный договор купли-продажи, именуемый под этим же именем при вступлении сторон в отношения по возмездному отчуждению вещи). Примером коннотата в праве служит закон, кодекс (*code*), информирующий участников правового общения о способе передачи денотата.

а не продиктованного императивным велением актуальной действительности. В самом деле, «принцип традиции – в присутствии прошлого в настоящем, в сообщении настоящему значения способа существования прошлого» [3, с.20].

Допустимо предположение, что правовая традиция (лат. *traditio* – передача) – это тот искомый генерализированный инвариант результата сравнительного правоведения, который может быть воспринят другой правовой культурой. Из сказанного можно сделать вывод, что в основе той или иной правовой культуры лежит общность правовых идей как результат манифестации определенной правовой традиции и находящихся соответствующее воплощение в типизированных правовых формах. Следовательно, рассмотрение правовой культуры (с учетом социально-культурной составляющей) вне контекста правовой традиции, участвующей в ее становлении, сводит предмет сравнительного правоведения к области знаний, оперируемых юридической географией. При этом релевантным основанием сравнения, значимого для компаративистики может служить лишь правовое явление.

Взаимосвязь и взаимозависимость правовой традиции и культуры прослеживаются при рецепции правовых концептов правовым порядком, имевшим, до момента правового трансферта, отличные социально-культурные и экономические составляющие от тех, которые присущи воспринимаемой правовой традиции. Ярким примером тому является рецепция германского гражданского и торгового права Японией в конце XIX столетия. Рецепция изменяет правовую культуру страны-реципиента, формируя правовую традицию, характерную для правового порядка – «траден-та». Правовые системы Англии, Германии, Франции, других евро-



пейских право порядков являются результативно (эффективно)-сравнимыми, поскольку объединены общностью правовой традиции, восходящей к Римскому праву – *Common Core of European Private Law*.

Заметим, что право само по себе – феномен культуры, его следует рассматривать как форму «манифестации специфической культуры» и лишь в контексте определенной (сравнимой) правовой культуры. Общность правовой культуры позволяет рассматривать сравниваемые правовые концепты как отраженные в человеческом сознании свойства того или иного денотата через их единый ценностный смысл. В этой связи «универсализм сравнительно-правового подхода полагает нормальным состоянием единообразие, даже идентичность права во всех странах одного уровня развития, тогда как существующие сегодня различия – досадным отклонением» [3, с.10]. Как следствие, в сравнительно-правовых исследованиях «акцент делается на сходстве, и в меньшей степени на различиях правовых систем» [13].

Результат сравнения концептов, выработанных правовыми культурами, не связанными общностью правовой традиции, следует отнести к предметной сфере прикладной юридической антропологии. В этом случае полученный результат сравнения утрачивает юридическое измерение, принятое в сравнимых правовых культурах. Выводы же, полученные в рамках юридической антропологии, вытекают из изучения «внутреннего мира человека, позволяющего ему реализовать себя как творца правовой... реальности» [6, с.26]. Рассматриваемый мир, хотя и связан с рефлексией по поводу правовой действительности, однако не может быть положен в основу релевантного сравнительно-правового исследования. Сравнимые право-

вые образующие (*legal formants*) в этом случае по сути сведены к формам правовой аккумуляции (юридизации), ведущей к становлению *homo juridicus*.

Тем не менее, современные национальные правовые системы характеризуются достаточно высоким уровнем унификации права – процесса, направленного на закрепление единообразных правил в наиболее значимых для международного правового общения сферах деятельности. Унификация права, выражающаяся в международных правовых актах, формирование вненационального *soft law* и наднационального права отражают практически применимый результат сравнительного правоведения. В исследованиях справедливо отмечается, что «успехи наднационального регулирования последних десятилетий опираются на сравнительно-правовые исследования» [16, р. 691; 3, с.7-8].

Результаты сравнительного правоведения востребованы и при применении традиционных для разрешения конфликтов коллизионных норм, в частности: при применении принципа наиболее тесной связи, при разрешении конфликта квалификации, при применении понятия «публичный порядок». В этой связи в науке широко обсуждается проблема соотношения предмета и метода сравнительного правоведения и международного частного права. Разброс точек зрения по данному вопросу простирается от признания конфронтации, возникающей между рассматриваемыми дисциплинами [14, р.407-428; 5, с.296-297], до признания сравнительного права «чистой наукой» в противовес международному частному праву как части «действующего национального права» [11, с.15].

Следует также указать на то, что коллизионное право направлено на разрешение конфликтов, связанных с частнопровыми

отношениями, тогда как сравнительное право охватывает все области сравниваемой правовой действительности. Однако, на наш взгляд, важно оценить не столько сферу применения полученного правового результата – в конечном итоге, наднациональное правовое регулирование в гомогенизированных пространствах выходит за пределы сферы традиционно относимой к частному праву, охватывая публично-правовые аспекты несостоятельности (банкротства) лиц и налогообложения, – сколько форму, в которой этот результат представлен. Концепты проявляются в различных «ипостасях», исследование форм их манифестации относится к предметной области юридических дисциплин, ориентированных на практику, тогда как основанная цель сравнительного правоведения (*telos*) – поиск лучшего решения на основе сопоставления сравниваемого правового материала. Такое – «лучшее решение» для компаративиста предстает в форме наднационального знания о праве, выраженного в определенных понятиях. Лучшее решение приближено к тому или иному правовому идеалу – инварианту правового материала, полученного в результате выявления того общего, что присуще право порядкам, сложившимся в рамках единой правовой культуры.

Определенный таким образом предмет компаративистики характеризуется, в сравнении с предметами национальных правовых систем, высокой степенью абстрактности. Действительно, наука сравнительного правоведения «как и всякая наука, связана с универсалиями (абстракциями) и эти абстракции не являются нормами права, а выступают в форме правовых проблем. Соответственно, сравнение правовых норм возможно, если сравниваемые нормы решают ту же проблему» [18, р.5]. Из сказанного



следуют два важнейших для компаративистики вывода.

Во-первых, имплементация полученного в науке сравнительного правоведения результата в *corpus* национального законодательства угрожает утратой достигнутого «понимания между правовыми системами» [3, с.12]. Избежать такого последствия возможно лишь создав новый понятийно-категориальный аппарат, нивелирующий различия национально-правовой терминологии. Однако примем во внимание, что правовые концепты, выработанные в сравнительном правоведении, будучи перенесенными в сферу наднационального или же международного унифицированного законодательства, неизбежно приобретают форму позитивного права. Теоретическое осмысление позитивного права предполагает установление «догмы права» - «подлинного содержания властного подчинения» [1, с.9].

Во-вторых, поскольку результат сравнения ожидается полезным, сравниваемый материал должен быть представлен «полезно сопоставимыми» фактами правовой культуры, выполняющими одну и ту же функцию [13, р.5]. Основным плодотворным методом-принципом сравнительного правоведения признается функциональный подход [18, р.1], в соответствии с которым функция того или иного явления сравниваемой правовой действительности служит критерием сравнения (*tertium comparationis*), позволяющим выявить приемлемое для каждой правовой системы решение схожих проблем. Сравнимым в праве признается «лишь то, что выполняет одну и ту же задачу, одну и ту же функцию». С точки зрения сравнительного правоведения это значит, что «правопорядок каждой страны решает одну и ту же юридическую проблему по-своему, даже если

конечный результат будет одинаков» [11, с.50].

При этом функционализм исходит из предположения функциональной эквивалентности правовых институтов (*praesumptio similitudinis*), разрешающих схожие правовые проблемы. Если же будут установлены различия или полное отсутствие сходства в принимаемых решениях, то компаративисту потребуется вновь проверять, правильно ли и достаточно ли радикально поставлен вопрос о функциях исследуемых правовых институтов, равно как и вопросы о том, не сузил ли он сферу своего исследования [11, с.60]. Следовательно, различия всегда должны быть объяснены, а сходства – нет. *Praesumptio similitudinis* – нефальсифицируемая гипотеза, и до настоящего времени служит краеугольным камнем функционального подхода в праве.

Полученный в результате сравнения абстрактный правовой материал может быть выражен лишь в форме теоретического построения, свободного от концептуального контекста и лишённого подтекста национальной доктрины. Ни с концептуальной точки зрения, ни с точки зрения понятий национальное право не должно влиять на компаративиста, так как в поле зрения сравнительного правоведения всегда находятся лишь конкретные проблемы.

Таким образом, функциональность рассматриваемых правопорядков берется в чистом виде, то есть без национальной специфики, присущей юридическим понятиям, доктринальным взглядам и искомым решениям. Исследование же вопросов применения выявленного приемлемого (лучшего) решения выходит за пределы предмета сравнительного правоведения, ибо предполагает учет специфических культурно-исторических особенностей конкретного правопорядка.

Применение функционального

метода-принципа в сфере сравнительного правоведения, несмотря на очевидные его преимущества, вызывает, тем не менее, и весьма существенные нарекания. Прежде всего, обращает на себя внимание многозначность понимания функционализма [18, р.5]. В компаративистике функционализм понимается в различных значениях: как поиск *tertium comparationes*; в эпистемологическом смысле, как определение функции функциональности; как предполагаемая функция (*praesumptio similitudinis*); как функция формализации правовых контекстов при построении правовой системы; в контексте аксиологии, как определитель «лучшего права»; в значении фактора универсализации права, и наконец, в значении элемента, выполняющего критическую функцию [см.:13, р.9].

Следует также обратить внимание на то, что краеугольное понятие функционализма в сравнительном правоведении – *tertium comparationes* – не остается неизменным, оно эволюционирует вместе с развитием сравнительного правоведения (от монистической интерпретации его как основания сравнимости у Э. Рабеля, через классический функционализм К. Цвайгерта и Х. Кётца, к пониманию его как эффективности права в духе *law and economics*, наконец, как «способа правового мышления, непосредственно не коррелирующего с эмпирикой действующего права» [8, с.5]), оставляя компаративистам веру в положительный результат такой эволюции.

Ориентация на то, что сравниваемый правовой материал в результате применения функционального метода предстает в форме, лишённой концептуальности, характерной для той социально-культурной среды, откуда он заимствован, чревата методологической редукцией: социальная действительность отождествляется с правовой. В свою очередь,



правовая действительность рассматривается как детерминированный результат социально-экономического развития общества [3, с.15]. В конечном итоге результат функционального абстрагирования может привести к игнорированию культурного измерения правовых явлений. В таком случае сами правовые явления в деконцептуализированной форме могут рассматриваться лишь в утилитарном значении.

Таким образом, функционализм упраздняет принципиальное различие между правом и иными социальными институтами. Для функционального метода «право и общество – соотносимые, хотя различные понятия» [18, р.2]. Правовые и иные социальные институты, в том числе доктринальные, рассматриваются как сравнимые, если они выполняют одинаковую функцию в различных правовых системах.

Отмеченная особенность функционализма приводит к весьма значимым для права последствиям. Прежде всего, право перестает служить монопольным нормативно-властным детерминативом социально значимых форм поведения и начинает рассматриваться как один из элементов социальной действительности (факт социальной действительности). В этой связи право рассматривается как сфера социального инжиниринга. К. Цвайгерт и Х. Кётц прямо говорят, что «право – это «социальная технология», а правовая наука — социальная наука. Именно такое понимание является одновременно как результатом, так и отправной точкой для раскрытия интеллектуального потенциала и методологии сравнительного права» [11, с.72].

Не менее значимыми видятся последствия применения функционального метода-принципа в ракурсе методологии. Как отмечалось выше, достаточным основанием науки сравнитель-

ного правоправедения признаются не правовые нормы, а правовые проблемы, которые могут быть описаны в понятиях, общих для сравниваемых правовых систем. Таким образом, результат сравнительного правоправедения выражается не в нормативной, а в понятийной форме. Понятийный уровень правовых концептов характерен для каждого из этапов становления сравнительного правоправедения: для *ius commune* как «научно разработанного права, покоившегося на едином этическом фундаменте» [12, с.229], в эпоху «становления национальных государств, когда универсальной теории и методологии не соответствовало позитивное право» [3, с.8], в текущий период, характеризующийся развитием регионального наднационального и вненационального права.

Другими словами, теоретические конструкты, выработанные в рамках сравнительного правоправедения, единственной формой своего выражения имеют правовые понятия. Теоретический уровень сравниваемого правового материала представлен устойчивыми юридическими понятиями, такими как: права и обязанности, выраженные в типизированной, например, договорной форме, физические и юридические лица – как «слепок» юридически значимых свойств участника правового общения и т.д. Анализ этих понятий следует начинать со сбора правового материала, оцениваемого как факт правовой (нормативной) действительности. Правовые понятия воспринимаются как конструкты, обладающие заданной структурой, отвечающей типовой функции, которую выполняет соответствующий элемент правовой действительности. В связи с применением метода понятийных конструктов возникает вопрос о самодостаточности нормативного материала. Ведь анализ структуры того или иного понятия основывается на логиче-

ской дедукции, либо на заключении по аналогии, тогда как право – сфера социальной жизни – не может игнорировать «факты первичного порядка, представляющие собой примеры конкретных действий законодателей, судей и других лиц (включая обычных граждан)» [2, с.112]. Игнорирование названных фактов, представляющих в широком смысле социально-политический контекст, ведет, по меньшей мере, к недооценке издержек, связанных с преодолением сопротивления среды при восприятии правовой традиции (*path dependency theory*) [см.: 17].

С другой стороны, гипертрофированное понимание социального, политического, экономического, культурного контекста, отрицание относительной автономности права в конечном итоге приводят к элиминированию самой идеи права. Исследования, проведенные Аланом Уотсоном, показывают, что право обладает относительной самостоятельностью и занимает определенное место в системе социальных явлений [20]. Действительно, никакая рецепция не была бы возможна в принципе, если бы не существовало «существенной дистанции между нормой-саженцем и рецепирующей правовой системой» [3, с.18].

Таким образом, полноценный анализ сравниваемой правовой действительности предполагает выделение определенных метафизических категорий (правовых идей), выполняющих типизированную функцию. Обусловлено это тем, что функция выражается в понятии, воспринимаемом участниками правового общения (коммуникативная функция), понятие же отражает ту или иную правовую идею в определенной структуре. Автономная сфера права представлена здесь метафизическим уровнем измерения. Правовые понятия обнаруживают себя в правовом общении по-



средством фактов, проявляющих себя различно на уровне действия права и в сфере сравнительного правоведения. И в первом, и во втором случае факт – форма эмпирического знания (имеющего внешнюю объективацию). Однако, если в науке истинность постигается исходя из логического анализа, что предполагает выводимость понятия из действительного положения дел, то в сфере права истинность нормативного предписания сама по себе не следует из того или иного жизненного обстоятельства. Поэтому правовые последствия определены тем, что правопорядок признает за тем или иным фактом определенные свойства (реквизиты). Действительность, подчиненную воле лица, следует признать субъективной. Таким образом, факт как основание возникновения определенной правовой ситуации относится к субъективной действительности, поскольку зависит от воли лица, вступающего в правовое общение. Правовая ситуация как результат проявленного волевого поведения представлена субъективными правами, прерогативами и обязанностями. Принято считать, что права и обязанности составляют содержание правоотношения – понятия, которое, с одной стороны, отражают наличную правовую связь, установленную между субъектами правового общения, а с другой – теоретическую абстракцию, позволяющую определить тип правовой связи.

Из сказанного видно, что само по себе правоотношение, вне типизированной формы, искомым результатом сравнительно-правового анализа быть не может. Внешняя объективация субъективного содержания правоотношения достигается посредством закрепления прав и обязанностей нормами объективного права. Однако нормативный уровень правовой действительности, как было показано выше, также не

может быть востребован для целей сравнительного правоведения: механизм развития права, в том числе при рецепции, не может быть объяснен нормативным уровнем описания правовой действительности, не избежав при этом тавтологии.

В самом деле, перенос норм (нормативных предписаний) одного правопорядка в другой вне контекста правовой определенности² – одного из ключевых принципов построения правовой системы – невозможен. В иных случаях рецепция нормативных высказываний без учета особенностей правовых конструкций национального права приводит к деформации национальных правовых систем, не давая взамен должного положительного эффекта. С точки зрения методологии речь в данном случае идет о поиске метаправовых категорий, анализ которых позволил бы дать ответ о схожести (различиях) в определенных сферах права, в случае, когда возникает необходимость обратиться к рецепции.

Представляется, что при отыскании метаправовых категорий, предшествующих правовому высказыванию, нет необходимости обращаться к социальным феноменам, выходящим за предмет науки права, поскольку в этом случае нарушается идентичное представление о праве как автономной сфере. Действительно, «единство правовой системы определяется наличием собственного предмета и собственной системы категорий, которая неизбежно перекодирует любые импульсы, получаемые от других систем» [3, с.20].

² В национальном праве правовая определенность достигается посредством формализации и ритуализации правовых процедур – действий политической власти, которые, в виду их властной природы, не могут быть использованы как объекты правовой трансляции, разумеется, при условии сохранения автономности правовой системы.

Следовательно, отыскание явления, позволяющего достигнуть определенности правового высказывания и способного служить проявленным результатом функционально-структурного анализа в механизме рецепции, возможно лишь в сфере правовой действительности. Такое правовое явление должно быть способно к объективации и субстантивации, определенности, автономности среди других социальных факторов и при этом не совпадать с определенной (индивидуализированной) формой объективного права. Представляется, что таким явлением служит «юридическая конструкция». Пожалуй, впервые в юридической науке на методологическую функцию данной категории отчетливо обратил внимание Р. фон Иеринг [см. 4, с.357-383], который одним из первых призвал выйти за пределы юридической догматики и обратиться к метаязыку права.

Юридическую конструкцию не следует отождествлять непосредственно с нормативными предписаниями; среди правовых явлений она занимает особое место. Неверное понимание юридической конструкции закладывается, на наш взгляд, тогда, когда ее пытаются посредством толкования дедуцировать непосредственно из правового материала, отождествляя с «фрагментом действительности позитивного права», выводимого из этого же права. Такая точка зрения до настоящего времени остается доминирующей в юридической науке и ошибочно может быть воспринята сравнительным правоведением. В действительности, юридическая конструкция не следует, а непосредственно предшествует правовому высказыванию, делая возможным не только эндогенное развитие права, но и внешнюю его рецепцию. Однако, воплотившись в норму (нормах)



права, юридическая конструкция не утрачивает своих особых свойств.

Собственно термин «конструкция» (лат. *constructio* – составление, построение) указывает на состав и взаимное расположение частей, образующих единое целое. Всякая юридическая конструкция может быть представлена как структура, которая служит отражением ее внутренней формы. Рассмотрение юридической конструкции как структуры (структурный метод) предполагает перенос акцента с целого на части (элементы), его составляющие. Заметим при этом, что функция юридической конструкции реализуется лишь в тесной связи с ее структурой. Обратим внимание, что полнота описания функции юридической конструкции возможна лишь тогда, когда оно дополнено результатами, полученными с применением метода структурного анализа, поскольку функция реализуется в структуре. Как целостное образование юридическая конструкция обладает вонне проявленной формой. Следовательно, ее анализ возможен не только с позиции отдельных элементов, но и с точки зрения целостности. При описании юридической конструкции как целостной структуры наглядно проявляются её системные свойства. Связано это с тем, что взаимосвязанные элементы структуры порождают качественно новые свойства целого, не тождественные свойствам элементам целого. Причем эти элементы обладают самостоятельным юридическим смыслом лишь в силу существования целого – юридической конструкции.

Исследование нормативной функции юридической конструкции показывает, что процесс восприятия новых нормативных образований обусловлен тем, что исследуемый первичный правовой материал выступает в качестве модели. В процессе рецеп-

ции необходимо абстрагироваться, выделить объект – явление, объективирующий существенные элементы правовой действительности иностранного правового порядка и выполняющий определенную функцию – юридическую конструкцию, а затем выразить его в форме нормативных предписаний в *corpus iuris* национального права, обеспечив тем самым его экзогенное развитие.

Заметим, что такой объект – еще не сущность; юридически он безразличен для участников правового общения, хотя способен к постижению (существует на понятийном уровне). Следовательно, юридическая конструкция как правовое явление должна обладать способностью к субстантивации. Субстанциональность юридических конструкций выводится исходя из представления о том, что именно они, а не нормы права, будучи субстратом правового содержания, выступают первичными элементами права. Если это так, то возникает вопрос, какой элемент юридической конструкции придает ей субстанциональность? Ведь на уровне понимания юридической конструкции как феномена правовой культуры, построенного по формальным законам структуры, она не рассматривается как сущность. Здесь речь идет лишь об определенной объективации структурных элементов юридических конструкций в нормах права. Объективация элементов является результатом деятельности законодателя, который воплощает свои властные, выраженные нормативно, веления в рамках определенных, в том числе рецепированных, юридических конструкций. На наш взгляд, юридическая конструкция, состоящая из определенных, свойственных ей элементов приобретает характер субстанции тогда, когда в ней обнаруживается некий «центр». Таким центром выступает юридический факт – волеизъявление

властного органа или субъекта частного права. С момента выражения воли лица юридическая конструкция субстантивируется, становится подлежащей толкованию «юридической сущностью» [9, с.22-23].

Рассмотренный процесс воспроизводится всякий раз, когда возникают предпосылки манифестации правовой традиции, правовыми «идеями-формами» которой выступают юридические конструкции. Природа юридических конструкций свидетельствует, что креативно-конструктивная составляющая, проявляемая как идеальное (трансцендентальное) начало на уровне исследования, не исключает их внешнюю объективацию, что позволяет рассматривать данное правовое явление как релевантное для целей сравнительного правоведения.

Библиография:

1. Афонасин Е.В., Дидикин А.Б. *Философия права: Учеб. пособие.* – Новосибирск, 2006.
2. Деннис Ллойд. *Идея права / перевод с английского М.А. Юмашева, Ю.М. Юмашева.* – М., 2009.
3. Дождев Д.В. *Сравнительное право: состояние и перспективы.* // Российский ежегодник сравнительного права. 2007/ Под ред., Д.В. Дождева. СПб., 2008. С. 7-28.
4. Иеринг ф. *Юридическая техника / Избранные труды.* В 2 т. Т. II. – СПб., 2006.
5. Мережко А.А. *Наука международного частного права: история и современность.* – К., 2006.
6. Оборотов Ю.М. *Традиції та новації у правовому розвитку: Монографія.* – Одеса, 2001.
7. Полдников Д.Ю. *Договорные теории глоссаторов.* – М., 2008.
8. Ткаченко А.В. *Функционалистская парадигма сравнительно-правовых исследований. Автореферат дисс. канд. юрид. наук.* Киев, 2011.
9. Халабуденко О.А. *К вопросу становления понятия «юридическая*



конструкция»// Закон и жизнь, № 10 (228), 2010. С.15-23. Ё

10. Харитонов О.И., Харитонов С.О. Порівняльне право Європи: Основи порівняльного правознавства. Європейські традиції. – Х., 2002.

11. Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х тт. – Том I. Основы: Пер. с нем. – М., 2000.

12. Циммерманн Рейнхард. Римское право и Европейская культура.// Вестник Гражданского права, № 4, 2007, Том 7. С. 209-238.

13. Antonios Emmanuel Platsas, The Functional and the Dysfunctional in the Comparative Method of Law: Some Critical Remarks, vol 12.3 Electronic Journal of Comparative Law, (December 2008), [электронный ресурс] - <http://www.ejcl.org/123/art123-3.pdf>.

14. Benedicte Fauvarque-Cosson, Comparative Law and Conflict of Laws: Allies or Enemies? New Perspectives on an Old Couple // American Journal of Comparative Law. – Summer 2001. p. 407-428.

15. Marcelo Neves, From the Autoipoiesis to the Alloipoiesis of Law// Journal of Law and Society. Volume 28, Issue 2, June 2001. P. 242–264.

16. Mathias W. Reimann, The progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century // American Journal of Comparative Law, 50, no. 4 (2002).

17. Ugo A. Mattei, Luisa Antonioli and Andrea Rossato, Comparative Law and Economics// Università Degli Studi di Trento, [электронный ресурс] - <http://encyclo.findlaw.com/0560book.pdf>

18. Ralf Michaels, Durham, The Functional Method of Comparative Law, [электронный ресурс] – <https://www.law.kuleuven.be/ccl/pdf/Michaels%20-%20Functional%20Method%20-%20edited.pdf>

19. René David, Comparative Law.// Encyclopædia Britannica Online, [электронный ресурс] - <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/129640/comparative-law>

20. Watson A. Legal Transplants: An Approach to Comparative Law. 2nd ed. Athens; Georgia, 2001.

НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ РЕАЛИЗАЦИИ ОСНОВНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ ЕВРОПЕЙСКОЙ КОНВЕНЦИИ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА, ОБЕСПЕЧАЮЩИЕ СВОБОДУ И ЛИЧНУЮ НЕПРИКОСНОВЕННОСТЬ ЛИЦ, СТРАДАЮЩИХ ДУШЕВНЫМИ ЗАБОЛЕВАНИЯМИ

Л. ВЕРБИЦКИ,

магистр права, докторант ULIM, старший преподаватель кафедры публичного права, юридического факультета Славянского университета

SUMMARY

Human rights which spread over healthy and diseased, adult and minor - represent the highest value of any society, and their protection is the main duty of any government admitting the high value of any person's health generally and its sanity in particular. The mental health care offered to entities and any other assistance is guaranteed by the government and are based on the principles of legality, respecting all the human rights.

* * *

Права человека, как здорового, так и больного, как совершеннолетнего, так и несовершеннолетнего - высшая ценность общества, а их защита – главная обязанность государства, признающего высокую ценность для каждого человека его здоровье вообще и психическое здоровье в особенности. Психиатрическая помощь лицам, а также любая иная помощь, гарантируется государством и осуществляется на основе принципов законности, гуманности и соблюдения прав человека и гражданина.

Права человека едины. Создание целостной концепции защиты прав человека – одна из наиболее актуальных и далеко не решенных проблем в области правовой науки и юридической практики. Ее значимость обусловлена тенденциями построения правового государства, расширения диапазона взаимоотношений человека и государства, развития общественного сознания и правового менталитета, совершенствования молдавского законодательства.

Конституция Республики Молдова в 1994 г., на основании Всеобщей Декларации Прав Человека и Европейской Конвенции о защите прав человека (далее Конвенция), отразила фундаментальные изменения в правовой политике нашего государства. Впервые в истории государства и права РМ человек с его правами и свободами декларируется как высшая ценность. Вопросы законодательного обеспечения системы прав и свобод

человека рассматриваются в качестве основных, подлежащих разработке в концепции правовой реформы.

Между тем, в судебной и пенитенциарной практике встречаются случаи игнорирования закрепленных в Конституции прав и свобод, которые применительно к уголовному праву определяют смысл и содержание материального закона. Уголовная ответственность и уголовное наказание, меры безопасности