

КАЗАНСКИЙ (ПРИВОЛЖСКИЙ) ФЕДЕРАЛЬНЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

Л.Т. БАКУЛИНА, А.Р. ГУБАЙДУЛЛИН

**ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ
СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ**

Учебное пособие



**КАЗАНСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ
2014**

УДК 340.5
ББК 67.0
Б19

*Печатается по рекомендации учебно-методической комиссии
юридического факультета
Казанского (Приволжского) федерального университета*

Научный редактор:

доктор юридических наук, профессор Решетов Ю.С.

Рецензенты:

кандидат юридических наук Гаврилов В.Н.

кандидат юридических наук, доцент Погодин А.В.

Бакулина Л.Т., Губайдуллин А.Р.

Б19 Теоретические основы сравнительного правоведения: учебное пособие. – Казань: Казан. ун-т, 2014. – 164 с.

Настоящее учебное пособие содержит основные материалы, необходимые для изучения учебной дисциплины «Сравнительное правоведение», а также аналогичной темы учебной дисциплины «Теория государства и права». Представленная информация носит теоретико-исторический характер, призванная помочь сформулировать базовые представления об основных правовых семьях и системах современности.

Для преподавателей, студентов и аспирантов юридических факультетов и всех интересующихся вопросами развития правовых семей и систем современности.

УДК 340.5
ББК 67.0

© Казанский университет, 2014
© Л.Т. Бакулина, 2014
© А.Р. Губайдуллин, 2014

Содержание:

Введение.....	4
Глава 1. Предмет, методология и значение сравнительного правоведения..	6
Глава 2. Понятие и классификация правовых семей.....	20
Глава 3. Эволюция идей сравнительного правоведения.....	26
Глава 4. Романо-германская правовая семья.....	40
Глава 5. Скандинавские правовые системы.....	55
Глава 6. Латиноамериканские правовые системы.....	62
Глава 7. Англосаксонская правовая семья.....	69
Глава 8. Правовая система Шотландии.....	87
Глава 9. Правовая система США.....	92
Глава 10. Мусульманское право.....	104
Глава 11. Индусское право и национальное право Индии.....	112
Глава 12. Обычное право Африки.....	122
Глава 13. Правовые системы Дальнего Востока.....	136
Глава 14. Правовые системы постсоциалистических стран.....	148
Заключение.....	162

Введение

Одной из актуальных задач, стоящих перед современной правовой наукой, является проведение сравнительно-правовых исследований. Правовые семьи и правовые системы современности находятся в постоянном развитии. Так, существенно трансформировались социалистические правовые системы. Постепенно сближаются романо-германская и англосаксонская правовые семьи. На правовой карте мира появилось большое количество смешанных правовых систем.

Российская правовая система, пережив качественное обновление, активно взаимодействует с иными правовыми системами. Поэтому сравнительно-правовые исследования носят не только теоретический, но и практический характер.

Все это обуславливает необходимость изучения теоретических основ дисциплины «Сравнительное правоведение». Именно этим обстоятельством в немалой степени обуславливается название данного учебного пособия. Изучив теоретические и исторические закономерности правовых семей и правовых систем современности, можно переходить к выявлению отдельных правовых особенностей в рамках отраслевых, специальных, прикладных наук правоведения, а также наук международного права. Поэтому можно говорить, что сравнительное правоведение как более общее направление научного познания носит междисциплинарный характер.

Настоящее учебное пособие призвано помочь студентам, аспирантам и всем, кто интересуется сравнительно-правовыми исследованиями, изучить теоретические и исторические основы сравнительного правоведения. Структура учебного курса построена таким образом, что вначале предлагаются общие темы, затем раскрываются отдельные правовые семьи и правовые системы современности. Обратим внимание, что анализ ряда правовых систем (например, правовая система США) вынесен за пределы включающих их правовых семей. Это сделано для того, чтобы подчеркнуть их особенности. Не будем забывать,

что место некоторых правовых систем, например правовых систем Скандинавских стран, на правовой карте мира вызывает определенные дискуссии.

Наконец, хочется обратить внимание еще на одно обстоятельство. Предлагаемое учебное пособие служит исходной методологической платформой. Для глубокого изучения дисциплины «Сравнительное правоведение» необходимо работать с дополнительной учебной и научной литературой, изучать зарубежное законодательство, правоприменительную практику. Помимо юридических источников, также необходимо обращаться к трудам по философии, социологии, общей истории, политологии. Используя все эти знания в совокупности можно надеяться на успешное освоение предлагаемого учебного курса.

Глава 1. Предмет, методология и значение сравнительного правоведения

Разнообразие государств, их экономик, богатство национальных традиций, языковое и этническое своеобразие, сложная и противоречивая природа отдельной личности – все это окружающий нас мир. Сменяющие друг друга поколения людей и каждый человек в отдельности убеждаются на собственном опыте в многообразии мира, испытывая определенное влияние других стран, культур и народов.

В последние десятилетия в отечественной юридической науке и практике заметно возрос интерес к изучению и взаимному использованию опыта развития национальных законодательств, обмену правовой информацией и научными идеями. Мировое сообщество и государства признают важное значение общеправовых принципов и поддерживают сближение различных правовых систем. Интенсивное развитие экономики, торговли, науки и культуры обуславливает плотность и концентрированность связей и контактов государств и экономических структур. И политические, и межгосударственные союзы побуждают изучать и сравнивать иностранное право, умело его использовать, находить юридические компромиссы и общие правовые решения. Компаративистика играет здесь роль «легального моста» между «государственными берегами»¹. Все это обуславливает необходимость обобщения и дальнейшего развития знаний о сравнительном правоведении.

Право разделяет судьбу любого общества и государства, что подтверждается многовековым опытом исторического развития. Пытаясь обнаружить общеправовые закономерности и тенденции, которые выявляются и изучаются в рамках общей теории права, необходимо выделить те из них, которые определяют объем сравнения правовых систем, их взаимовлияния и возможности использования для каждой из них зарубежных правовых доктрин и юридической практики. Все это позволяет выделить несколько тенденций общеправо-

¹Тихомиров Ю.А. Сравнительное правоведение: развитие концепций и общественной практики // Журнал российского права. - 2006. - № 6. – С. 3-15.

вого развития, которые характеризуют динамику не только правовых систем в современном мире, но и их соотношение между собой и с международным правом. Условно их объединяют в пять групп:

1) общеправовые тенденции, охватывающие устойчивые закономерности в масштабе мирового сообщества и связанные с общепризнанными правовыми ценностями;

2) однородные процессы и тенденции в рамках больших правовых семей с их общими мировоззренческими и юридическими источниками;

3) тенденции согласованного правового развития в рамках межгосударственных объединений;

4) региональные тенденции правового сотрудничества государств и сближения их национальных законодательств;

5) локальные тенденции многообразного правового развития, связанные с дифференциацией или образованием новых государств¹.

Основоположником современной теории сравнительного правоведения можно с полным основанием считать Рене Давида, который обосновал ее предмет и основные понятия². Его типология правовых систем как правовых семей основана на историко-культурной и нормативно-юридической специфике семей с добавлением политико-идеологических критериев, как это было в ранних изданиях с признанием социалистической правовой семьи.

Необходимо отметить работы американского профессора Кристофера Осакве, который выделяет в сравнительном правоведении общую часть (правовые семьи, их классификация, включая социалистическое право, кодификация, юридическое образование и профессия, судебная система, законодательная и исполнительная власть) и особенную часть (сравнительное гражданское право – юридические лица, обязательства, ответственность, сравнительный гражданский процесс, в том числе Франции, Германии, США)³.

¹ См. подробнее: Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. – М.: Издательство НОРМА, 1996. – С.12-13.

² См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. – М.: «Международные отношения», 2009.

³ См.: Осакве К. Сравнительное правоведение в схемах: общая и особенная части. – М.: Дело, 2002.

Сравнительное правоведение проходит длительный путь развития. Условно можно выделить четыре основных этапа его формирования и развития¹. Первый – отдельные попытки сопоставления разных правовых образований, второй – использование историко-познавательных приемов сравнения отдельных отраслей законодательств, третий – применение сравнительно-правового метода в исследованиях правовых систем по широкому кругу вопросов, четвертый – формулирование теории сравнительного правоведения.

По мнению Ю.А. Тихомирова, «сравнительное правоведение представляет собой расширяющуюся область научного юридического знания и, одновременно, теоретико-методологическую дисциплину в системе права»². «Ее цель – изучать и сопоставлять различные правовые массивы и системы между собой и с нормами международного права, выявлять сходство и различия, определять тенденции общеправового развития»³.

Объектами сравнительного правоведения являются реальные общеправовые явления и процессы. Например, Ю.А. Тихомиров предлагает выделять следующие объекты сравнительного правоведения:

- правовая действительность, или правовая реальность;
- правовые семьи;
- правовые учения, концепции и правовые взгляды;
- правовые системы государств;
- правовые массивы и комплексы, складывающиеся в межгосударственных объединениях;
- национальное законодательство;
- отрасли, подотрасли законодательства и нормативные массивы;
- правовые институты;
- законы и иные правовые акты;
- правовые нормы;
- юридическая техника.

¹См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник/Отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп. и перераб. – М.: Юрист, 2007. – С. 58-88.

²Тихомиров Ю.А. Сравнительное правоведение: развитие концепций и общественной практики // Журнал российского права. – 2006. – № 6. – С. 3-15.

³Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. – М.: Издательство НОРМА, 1996. – С. 30.

«Сравнительное правоведение» нельзя отождествлять со «сравнительным правом»: первое понятие обладает комплексным характером; второе понятие, по мнению Ю.А. Тихомирова, вообще вызывает сомнения, поскольку трудно представить подобную новую разновидность права. Именно сравнительное правоведение предназначено для сопоставления национального, международного и надгосударственного права¹. Несколько иначе определяют «сравнительное право» К. Цвайгерт и Х. Кетц, понимая под этим термином применение сравнительного метода при изучении права как объекта интеллектуальной деятельности².

Сравнительное правоведение не следует отождествлять и со сравнительным методом. Сравнительное правоведение имеет свой предмет исследования, а также обладает собственной методологией, которая лишь в этом смысле может быть отождествлена со сравнительным методом. Точнее же вести речь о методологии, в рамках которой используются различные методы сравнительного анализа и оценки.

Нередко применяется также понятие «компаративистика», производное от известного слова в английском и французском языках. «Юридическая компаративистика охватывает метод и науку, науку о методе, междисциплинарные исследования внутри юридических наук, между ними и неюридическими науками и т.д., отражает плюрализм наук о праве и взаимосвязанных с ними явлений на основе общенаучного компаративного метода и компаративизма как вида мировоззрения»³.

В рамках сравнительного правоведения условно выделяют общую и особенную части. Общая часть посвящена определению статуса сравнительного правоведения в системе юридических наук, его предмету и методологии, целям, субъектам и объектам, критериям сопоставления и оценки, способам восприятия элементов иностранных правовых систем в национальном законодательстве.

¹См.: Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. – М.: Издательство НОРМА, 1996. – С. 31.

²См. подробнее: Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I. – М., 1995. – С. 8-11.

³Тихомиров А.Д. Юридическая компаративистика. Философские, теоретические и методологические проблемы. – Киев: Знание, 2005. – С. 13.

Особенная часть раскрывает специфику применения методологии сравнительного правоведения в двух аспектах. Структурный аспект применяется в отношении правовых семей, нормативных массивов, правовых систем и их составных частей. Отраслевой аспект дает возможность использования и выявления потенциала сравнительного правоведения в разных отраслях юридической науки и отраслях законодательства. Поэтому особенная отраслевая часть сравнительного правоведения существует как бы в двух плоскостях, одновременно в рамках указанной теории и в рамках соответствующих отраслей юридической науки и законодательства. Для них она служит своего рода теоретико-методологической основой.

Сравнительное правоведение не может развиваться только в плоскости нормативно-догматического сопоставления разных правовых систем, поэтому для сопоставления правовых систем и оценки их взаимных реакций должны изучаться различные общеправовые явления, процессы и тенденции.

Следует также обратить внимание на общее и особенное в системе источников права, что отражает специфику правовых семей. Здесь лишь кратко отметим, во-первых, совпадение таких главных источников, как конституции и законы, во-вторых, неодинаковое соотношение разных источников между собой, в-третьих, наличие специфических источников (судебные прецеденты в странах общего права), в-четвертых, нормативное фиксирование источников права.

Есть источниковедческие юридические различия, когда в регионах и странах Европы исходным для правовой системы является верховенство конституции и закона; в других – нормы обычного права (Африка), в третьих – прецедентного права (Англия), в четвертых – религиозно-нравственные нормы как ядро правовых норм (Азия). Устойчивость таких органических различий не колеблется веками их существования, и их нелегко преодолевать даже в условиях нарастающей экономической, культурной, информационной интеграции и сближения общеправовых начал.

Очевидны структурно-нормативные различия правовых систем, когда не одинаковой является сама трактовка их понятия и содержания. Весьма специфичны системы национальных законодательств, в которых подчас далеко не совпадает классификация отраслей законодательства, подотраслей и институтов, их соотношение между собой. Различен удельный вес и степень развитости отдельных отраслей. Например, в системе французского права и законодательства ярко выделяются в качестве классических конституционное и административное право с их богатой историей, ювелирной регламентацией, тщательно разработанными процедурами. В Германии и Швейцарии привлекает внимание федеральный правовой механизм, в котором блестяще урегулированы уровни компетенции федераций и субъектов (земель, кантонов и т.п.), юридические способы преодоления коллизий.

Сопоставление правовых систем, нормативных актов и правовых норм позволяет выявить еще одно различие между ними – неодинаковые методы правового регулирования однородных общественных отношений либо смежных объектов правового воздействия. В сфере регулирования хозяйственных отношений в Германии, Франции, Нидерландах широко используется диспозитивный метод, в России – значительно реже. Если налоговое законодательство в России сориентировано преимущественно на получение доходов, то в Швейцарии – на льготно-стимулирующие режимы для отдельных видов деятельности.

Наибольший объем правовых различий связан с традициями и уровнем правовой культуры. Приемы юридической техники и построения правовых актов отражают не только специфические способы и элементы юридической технологии, но и в не меньшей степени восприятие и отношение к ним граждан. Следует учитывать языковые и культурологические особенности, на которые, в свою очередь, влияют и юридические школы, и принадлежность к правовым семьям.

Методология сравнительного правоведения¹ предполагает гибкое реагирование исследователя (ученого, студента, законодателя, правоприменителя) на

¹См. подробнее: Ансель М. Методологические проблемы сравнительного правоведения. Очерки сравнительного права. – М., 1986.

все правовые различия. Признавая их обусловленность объективными и субъективными факторами и принадлежность к реальной правовой культуре, допустимо оценивать эти различия по их источникам, историческим корням, по степени устойчивости и по степени их преодоления. С учетом таких критериев, по мнению Ю.А. Тихомирова, «можно вести речь о четырех видах национально-государственных правовых различий:

а) органические, постоянные (отражающие национально-исторические традиции и т. д.);

б) относительно устойчивые (по набору и соотношению источников права и т. д.);

в) исторически временные, вызванные условиями переходного периода, спецификой уровня экономического и социального развития;

г) политико-ситуационные, обусловленные курсом государств и их полномочий в правовой сфере внутри страны и за рубежом»¹.

Объективно правильное установление «меры правовых различий» позволяет сопоставить ее с меняющимися общими интересами ряда или многих государств в правовой сфере. Преобладание последних диктует выбор курса на уменьшение этих различий, отсюда – набор способов и средств их постепенного преодоления.

Правовые различия неодинаковы по своей природе и с точки зрения возможностей их преодоления, они могут быть:

а) сущностными (например, некоторые догматы мусульманского права, в частности принцип Конституции Ирана «признание Страшного суда»;

б) теоретическими (например, преобладание во французском публичном праве понятия публичных услуг)²;

в) разными по построению отраслей права (например, в Германии среди источников трудового права нет трудового кодекса¹, в США преобладают процессуальные нормы в административном праве);

¹Тихомиров Ю.А. Сравнительное правоведение: развитие концепций и общественной практики//Журнал российского права. – 2006. – № 6. – С. 3-15.

² См.: Талапина Э.В., Газье А. О публичном праве (на примере Франции и России) // Право и государство: теория и практика. – 2006. – № 2. – С. 21-30.

г) неодинаковыми формами кодификации (например, во Франции кодексы включают и законодательные нормы, на Украине сосуществуют гражданский и хозяйственный кодексы);

д) отражением специфики конкретных правовых институтов и норм, правовых решений (например, в экологическом праве Германии делается акцент на стимулирование, в Уголовном кодексе Швеции предусмотрен электронный контроль за осужденным не строже чем на два месяца тюремного заключения);

е) выраженными в особенностях юридической техники и построения законов;

ж) разнотемповыми нововведениями (например, в Украине уже принят Кодекс административного судопроизводства, а Россия лишь планирует новшества);

з) контрастными государственными институтами.

Применительно к выявлению и оценке правовых различий и их преодолению кроме познавательных аспектов есть и деятельностный аспект. В зависимости от целей, которые ставят перед собой государства, темпов и уровней их политического, экономического и социального развития, от характера международных отношений формируются правовые связи с другими государствами. И, соответственно, модифицируются отрасли национального законодательства. Ускоренная и масштабная экономическая интеграция побуждает быстрее идентифицировать законодательство о компаниях, транспорте, таможенном деле, технические правила и регламенты и т.п.

К методам анализа закона иностранного государства относятся: 1) цель анализа и критерии выбора и оценки закона; 2) оценка принадлежности закона к той или иной правовой семье, межгосударственному объединению; 3) влияние общей правовой доктрины на концепцию закона; 4) определение предмета законодательного регулирования (вида и объема общественных отношений) и структуры закона; 5) определение места закона в отрасли, системе иностранного законодательства, соотношение с другими правовыми актами; 6) изучение

¹ См.: Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право. – М.: Спарк, 2001. – С. 544-546.

специфики нормативных понятий и терминов, используемых в законе; 7) установление способов регулирования статуса юридических и физических лиц, их прав, обязанностей, взаимоотношений и ответственности; 8) общее и особенное в способах юридической техники (видов норм, их структуры, отсылок и ссылок и т.п.); 9) характер и виды средств обеспечения действия закона (гарантия, контроль, суд и др.); 10) оценка степени различий или сходства с аналогичным законом России или другого государства.

Для исследования государственных институтов (органов) зарубежных стран необходимо обратиться к следующим объектам изучения: 1) характеристика конституционного статуса института; 2) выявление законов, которые устанавливают статус института; 3) порядок образования института; 4) компетенция органа и группы осуществляемых им функций (полномочий); 5) в каких отношениях находится государственный орган: а) с президентскими, парламентскими и управленческими институтами, б) с судебными органами, в) с местным самоуправлением, г) в каких формах обеспечивается демократическое участие граждан.

В качестве задач и принципов сравнительного анализа выделяют:

- сбор и анализ информации о состоянии национальных законодательств;
- определение средств и путей сближения национальных законодательств государств - участников Договора;
- выработка рекомендаций по развитию и процедурам сотрудничества государств - участников Договора в правовом обеспечении углубления интеграции в экономической и гуманитарной областях;
- предотвращение юридических коллизий в практике применения законодательных и иных нормативных правовых актов при решении вопросов, представляющих взаимные интересы государств - участников Договора.

Основными принципами проведения сравнительного анализа национальных законодательств являются:

- общность и приоритетность интересов государств - участников Договора в согласовании национального правового регулирования в рамках углубления интеграции в экономической и гуманитарной областях;

- согласованность национального правового регулирования на основах, приемлемых для государств - участников Договора;
- синхронность (или приближенность по срокам) принятия актов по вопросам углубления интеграционных процессов;
- последовательность этапов гармонизации национальных законодательств в соответствии с иерархией законодательных и иных правовых актов;
- приоритетность общепризнанных норм и принципов международного права над внутригосударственным законодательством;
- научность и системность подходов к проведению сравнительного анализа, его объективность и непротиворечивость выводов.

При проведении сравнительного анализа национальных законодательств следует исходить из следующих требований:

- полнота анализируемого законодательного и иного нормативного материала по заявленной тематике исследования;
- сопоставимость текстов законодательных и иных нормативных правовых актов по критериям: а) идентичности разрешаемых вопросов; б) соответствия предмета акта компетенции издающего его правотворческого субъекта; в) характера правовой регламентации (предписание, разрешение, запрещение);
- объективность анализа и оценок правовых актов.

Критериями оценки сопоставляемых объектов сравнительно-правового анализа могут быть:

- а) степень достижения с помощью правовых средств целей, установленных в интеграционных программах и решениях;
- б) объективное отражение меры общего и особенного в национальном законодательстве каждого государства, их правовой инфраструктуры;
- в) правильное применение из всего "набора" правовых средств тех способов сближения национальных законодательств, которые точно соответствуют готовности государств действовать на согласованной основе и реальному уровню развития экономических, социальных и политических отношений между ними;

г) обеспечение согласованности актов и рекомендаций интеграционных органов;

д) соблюдение правил юридической техники при отборе, оценке и корректировке правовых актов.

Результаты сравнительного исследования выражаются в подготовке:

- информационных обзоров, справок, заключений о состоянии действующих национальных законодательств государств - участников Договора по тематике исследования;

- предложений, рекомендаций о внесении изменений в национальные законодательства государств - участников Договора с целью исключения нормативных предписаний, препятствующих процессам сближения национальных законодательств;

- иных итоговых документов сравнительного исследования, содержащих предложения о путях и способах сближения правового регулирования в определенных сферах межгосударственного общения государств - участников Договора.

В учебниках по теории государства и права, несмотря на наличие специальной литературы по компаративистике, выделяются отдельные главы об основных правовых системах современности, содержание которых раскрывается через понятие «правовая семья», как совокупности национальных правовых систем со сходными источниками права, понятиями, отраслями, нравственно-религиозными корнями¹; как обусловленный объективными закономерностями целостный комплекс взаимозависимых и согласованных специальных и общих правовых средств правового воздействия на общественные отношения².

За последние два десятилетия появились специальные труды по сравнительному правоведению, раскрывающие вопросы истории, методологии и функций компаративистики³; критерии и виды правовых систем; соотношения

¹См.: Теория государства и права. – М.: Юристъ, 2006. – С. 587-614.

²См.: Скакун О. Ф. Теория государства и права. Энциклопедический курс: Учебник. – Харьков: Эспадо, 2005. – С. 326-384.

³В частности, Ю.А. Тихомировым выделяются такие функции как информационная, аналитическая, критическая, интегративная и доминантная. См.: Тихомиров Ю.А. Сравнительное правоведение: развитие концепций и общественной практики//Журнал российского права. –2006. – № 6.

национального и международного права¹; отдельные философские и культурологические аспекты². Уровнем сравнения выступает либо национальная система в целом, либо ее отрасль. Хотя сегодня заметен переход от постановки общих вопросов к более предметному сравнительному анализу – институциональный, отраслевой и страноведческий обзор³.

Рене Давид выделил три основные функции сравнительного правоведения. Первая связана с возможностями изучения истории права и его философского осмысления. Вторая – использование сравнительного правоведения для лучшего понимания и совершенствования собственного национального права. Третья – сравнительное правоведение весьма полезно для взаимопонимания народов и создания лучших правовых форм международного общения⁴.

В свою очередь Ю.А. Тихомиров предлагает выделять макроуровень сравнительно-правового анализа, включая в него несколько блоков (или «кругов сравнения»). Первый образуют четыре вида макроправовых систем – национальная правовая система, правовая семья, правовая система межгосударственных объединений и система международного права. Вторым его блок составляют: а) нормы; б) законы и иные правовые акты; в) правовые институты; г) подотрасли законодательства; д) отрасли законодательства; е) правовые массивы; ж) системы законодательства; з) предметы и методы правового регулирования; и) юридические понятия и термины; к) юридическая техника. Третий блок – ситуационно-целевой, когда для транснациональных проектов и т. п. изыскиваются новые правовые решения. В четвертом блоке можно выделить: а) правовые концепции; б) правосознание; в) правовую культуру; г) правомерное и неправомерное поведение. Пятый блок охватывает: а) юридическое обра-

¹См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности). – М.: Юристъ, 2007; Марченко М.Н. Сравнительное правоведение: Учебник для вузов. Общая часть. – М.: Зерцало, 2006.

²См.: Тихомиров А.Д. Юридическая компаративистика. Философские, теоретические и методологические проблемы. – Киев: Знание, 2005.

³См.: Киселов И.Я. Сравнительное трудовое право: Учебник. – М.: Проспект, 2005; Основные институты гражданского права зарубежных стран: Сравнительно-правовое исследование. – М.: Норма, 1999; Малиновский А.А. Сравнительное правоведение в сфере уголовного права. – М.: Международные отношения, 2002; Административное право зарубежных стран: Учебник. – М.: Спарк, 2003; Институты конституционного права зарубежных стран. – М., 2004; Саидов А.Х. Национальные парламенты мира. – М.: Wolters Kluwer, 2005.

⁴Давид Р. Основные правовые системы современности. – М., 2009.

зование; б) юридическую профессию. Шестой блок включает государственные и общественные институты, опосредуемые правом¹.

Как справедливо отмечается в юридической литературе, сравнительно-правовой анализ нельзя ограничивать лишь нормами и институтами, поскольку мировоззренческий источник кроется в природе и уровне правосознания, образах права, в нравственно-религиозных представлениях², что необходимо учитывать при оценке влияний иностранных концепций, теорий, идей на сознание и правовое поведение граждан другого государства.

Весьма актуальным представляется вывод Ю.А. Тихомирова о необходимости анализа в рамках сравнительного правоведения вопроса интересов – «всеобщий интерес», «общий интерес», «национальный интерес», поскольку именно соотношение этих интересов, их сочетание, согласование или противоборство служит движущим фактором реальных изменений правовых систем и их связей между собой³.

Список рекомендуемой литературы:

Батлер У.Е. Сравнительное правоведение в изучении международного права роль правовой культуры // Вестник Киевского университета. Международные отношения и международное право. – 1984. – Вып. 18. – С.36-40.

Гинзбургс Дж. Американская юриспруденция о взаимодействии международного и внутреннего права / Дж. Гинзбургс // Государство и право. – 1994. – № 11. – С. 149-156.

Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид; Пер. с фр. и вступ. ст. В. А. Туманова. – М.: Прогресс, 1988. – 496 с.

¹Тихомиров Ю.А. Сравнительное правоведение: развитие концепций и общественной практики//Журнал российского права. – 2006. – № 6. – С. 3-15.

²См.: Курильски-Огивэн Ш., Арутюнян М.Ю., Здравомыслова Ю.М. Образы права в России и Франции. – М., 1995; Лафитский В.И. Поэзия права: страницы правотворчества от древности до наших дней. – М., 2003.

³ См.: Тихомиров Ю.А. Сравнительное правоведение: развитие концепций и общественной практики//Журнал российского права, № 6, июнь 2006 г. С. 3-15; Правовое обеспечение национальных интересов: Материалы международной научно-практической конференции (Москва, 25-26 октября) Под общ. ред. Т.Я. Хабриевой. - М., 2005.

Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози; Пер. с фр. В.А. Туманова. – М.: Междунар. отношения, 2009. – 456 с.

Даниленко Г.М. Применение международного права во внутренней правовой системе России: практика Конституционного суда / Г.М. Даниленко // Государство и право. – 1995. – № 11. – С. 115-125.

Казимирчук В.П. Право и методы его изучения / В.П. Казимирчук. – М.: Юридическая литература, 1965. – 204 с.

Лукашук И.И. Международное право и конституции государств / И.И. Лукашук // Журнал российского права. – 1998. – № 1. – С. 45-56.

Малько А.В. Сравнительное правоведение: учебно-методический комплекс / А.В. Малько, А.Ю. Саломатин. – М.: Норма, 2008. – 352 с.

Марченко М.Н. Объект и предмет сравнительного права / М.Н. Марченко // Вестник Московского государственного университета. Сер.11, Право. – 1999. – № 2. – С. 43-54.

Марченко М.Н. Понятие сравнительного права (сравнительного правоведения) / М.Н. Марченко // Вестник Московского государственного университета. Сер.11, Право. – 1999. – № 1. – С. 44-53.

Нерсесянц В.С. Сравнительное правоведение в системе юриспруденции / В.С. Нерсесянц // Государство и право. – 2001. – № 6. – С. 5-15.

Очерки сравнительного права: Сборник / Сост., пер. и вступит. статья В.А. Туманова. – М.: Прогресс, 1981. – 256 с.

Саидов А.Х. Введение в основные правовые системы современности / А.Х. Саидов; АН УзССР, Ин-т философии и права. – Ташкент: Фан, 1988. – 217с.

Саидов А.Х. Сравнительное правоведение и юридическая география мира / А.Х. Саидов; РАН, Ин-т государства и права. – М., 1993. – 148 с.

Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / А.Х. Саидов; отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – 510с.

Топорнин Б.Н. Европейское право: учебник / Б.Н. Топорнин; РАН, Ин-т государства и права. – М.: Юристъ, 2001. – 455 с.

Файзиев М.М. Советское сравнительное правоведение в условиях федерации / М.М. Файзиев; Отв. ред. А. И. Ишанов; АН УзССР, Ин-т философии и права им. И.М. Муминова. – Ташкент: Фан, 1986. –122 с.

Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2т. Т.1, Основы: Пер. с нем. / К.Цвайгерт, Х. Кётц. – М.: Международные отношения, 1998. – 479 с.

Глава 2. Понятие и классификация правовых семей

Рассуждая о праве и сопутствующих ему правовых явлениях, стоит помнить, что все они, так или иначе, обладают качеством системности. Поэтому изложение материала в данной главе будет строиться по принципу «от частного к общему».

Во-первых, существует система права, которую некоторые авторы определяют как «множество юридических норм»¹. Данное определение является общим и его можно конкретизировать, говоря о системе права как о комплексе правовых норм и нормативно-правовых предписаний, обладающим качеством системности, регулятивности, формальной определенности, государственной обеспеченности². Также можно отметить мнение А.Х. Саидова, согласно которому «система права – понятие структурно-институциональное, оно раскрывает взаимосвязь, соотношение и строение отраслей права, что определяется объективными и субъективными факторами»³. Таким образом, система права представляет собой само право, то есть ядро правовой системы общества.

Во-вторых, в общественной жизни присутствует такое явление как правовая система. Это более крупный комплекс, который наряду с системой права

¹ Явич Л.С. Общая теория права.- Л.: Изд-во Ленинградского университета, 1976. – С.395.

² Речь идет о признаках права, но стоит помнить, что в ряде правовых семей они могут в определенной степени меняться.

³ Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – С.236.

включает в себя правовое сознание, правовую культуру, правовую науку, юридическую практику, процессы правотворчества и правореализации. Можно говорить о том, что правовая система охватывает правовые явления общества. Право не может существовать само по себе, оно нуждается в иных элементах правовой системы общества.

При этом в компаративистике далеко не все компоненты правовой системы общества напрямую включаются в орбиту исследования. В частности, зачастую не рассматриваются такие явления как правовое сознание, правовая культура. В литературе отмечается, что при интерпретации термина правовая система общества представляется убедительным использование категорий правопонимание, правотворчество и правоприменение¹. Вместе с тем в сравнительно-правовой литературе правотворчество и правореализация преимущественно исследуются не с точки зрения процесса, а результата.

Правовая система является социальной системой в том смысле, что существует в обществе и связана с иными системными образованиями. Специфика её развития во многом определяется именно взаимодействием и взаимопроникновением иных социальных систем и институтов (например, религии). Нельзя изучать особенности индусского права, не учитывая его тесную связь с индуизмом. Правовая система также тесно связана с экономической системой и с политической системой. Например, существовавшая ранее социалистическая правовая семья и ныне развивающиеся постсоциалистические правовые системы напрямую зависели от особенностей экономического и политического строя.

Термин «правовая система общества» далеко не единственный. Существует смежное понятие «правовая надстройка», которая «показывает обусловленность права экономическим базисом»². Правовая система общества напро-

¹ См.: Сравнительное правоведение / А.В. Малько, А.Ю. Саломатин. – М.: Норма, 2008. – С.101.

² Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – С.237.

тив, отражает ее автономность как самостоятельного социального образования¹.

Правовая система общества, как правило, существует в рамках страны (например, правовая система Франции), но так бывает далеко не всегда. Например, сложно говорить об однородной правовой системе Великобритании, так как есть правовые системы Англии, Шотландии, Северной Ирландии. В США – стране англосаксонского права, встречаются штаты со смешанными правовыми системами (например, штат Луизиана).

В-третьих, однородные правовые системы объединяются в еще более крупные образования – правовые семьи.

Помимо понятия «правовая семья» в литературе используются близкие по своему значению термины. В частности, Р. Давид использует понятие «семья правовых систем», К.-Х. Эберт и М. Рейнстайн – «правовые круги», И. Сабо «форма правовых систем», С.С. Алексеев – «структурная общность»². Думается, что это различия преимущественно терминологического порядка. Мы будем использовать категорию «правая семья».

Проблема выделения правовых семей современности неизбежно ставит вопрос о критериях их классификации. Прежде чем рассмотреть основные подходы к классификации правовых семей современности (или объединению правовых систем в правовые семьи) следует выделить несколько методологических положений.

Во-первых, стоит помнить, что любая классификация относительна. Она неизбежно огрубляет действительность и не может учесть всего разнообразия окружающего нас мира.

Во-вторых, следует различать диахронное (историческое) и синхронное (логическое) сравнение³. Нельзя смешивать данные аспекты классификации правовых семей. В противном случае наряду с современными правовыми семьями придется выделять античное право, что представляется некорректным.

¹См.: Там же. С. 237-238.

² См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юрист, 2007. – С. 237.

³ См.: Там же. С. 242.

В-третьих, учитывая обилие различных подходов к классификации правовых семей современности, необходимо выделить наиболее значимые из них.

Попытки выделения правовых семей современности существуют давно. В частности, на первом Международном конгрессе сравнительного права (Париж, 1900) выделяли французскую, англо-американскую, германскую, славянскую и мусульманскую правовые семьи¹. Были и другие подходы.

Иногда пытаются говорить о простых критериях (правовые традиции) и сложных (стиль правовых систем)². Безусловно, правовые традиции можно понимать по-разному. Но простой критерий не может дать четких различий между правовыми семьями. К тому же многие правовые семьи имеют собственную структуру, предполагающую дальнейшую дифференциацию. В частности, романо-германская правовая семья включает в себя скандинавскую и латиноамериканскую подгруппы. Поэтому более целесообразным представляется использование сложных критериев.

В частности, выделяется концепция К. Цвайгерта и Х. Кётца, согласно которой критерием разграничения правовых семей является такое понятие, как «правовой стиль» (стиль), содержание которого составляют пять факторов: 1. Историческое происхождение и развитие правовой системы, 2. Господствующая доктрина юридической мысли и её специфика, 3. Выделяющиеся своим своеобразием правовые институты, 4. Правовые источники и методы их толкования, 5. Идеологические факторы. На основании вышеизложенного можно выделять: романскую, германскую, англо-американскую, северную, социалистическую, дальневосточную правовые семьи, а также исламское право и индусское право³.

Вышеуказанный подход позволяет выделить большое количество правовых семей. Однако здесь сразу возникают определенные вопросы. Во-первых, нет единой социалистической семьи, поскольку не существует Советский Союз.

¹ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – С. 240.

² См.: Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. Общая часть. Учебник для юридических вузов. – М.: Издательство «Зерцало», 2001. – С.252-253.

³ См.: Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х тт. - Т.1. Основы: Пер. с нем. - М.: Международные отношения, 1998. – С.108-117.

Более целесообразно говорить о постсоциалистических правовых системах, так как сложно сейчас объединить бывшие социалистические страны центральной и восточной Европы с Китаем или КНДР. Во-вторых, не ясно, почему искусственно разрываются романские и германские правовые системы¹. В-третьих, правовые системы, входящие в северную правовую семью, тяготеют к романо-германской правовой семье.

Также выделим концепцию Р. Давида, согласно которой в основе классификации два критерия: идеологический (фактор религии, философии, экономической и социальной структуры) и критерий юридической техники. При этом оба критерия должны быть использованы в совокупности². На основании этого выделена знаменитая трихотомия (романо-германская, англосаксонская и социалистическая семьи). Правда, в одной из последних работ Р. Давида социалистическая правовая семья ставится под сомнение, а сам автор вообще отказался от полемики по данному вопросу³.

Таким образом, классификаций правовых семей много. В рамках данного учебного пособия выделяются и рассматриваются романо-германская, англосаксонская правовые семьи, семья мусульманского права и семья индусского права, правовые системы Дальнего Востока, семья обычного права стран Африки и постсоциалистические правовые системы. Некоторые правовые системы сложно уложить в рамки, каких бы то ни было правовых семей. Например, ведутся споры о самостоятельном характере правовых систем латиноамериканских государств и правовых системах скандинавских стран. Стоит учесть, что некоторые правовые системы носят смешанный характер (правовая система Шотландии).

По мнению Ю.А. Тихомирова существует также так называемая «кочующая семья» (вполне разумно говорить и семьях), появление которой можно связать с усилением взаимодействия правовых семей, привнесением эмигрантами,

¹ Подробнее см.: Черноков А.Э. Введение в сравнительное правоведение: учебное пособие / А.Э. Черноков. — 2-е изд., стереотип. — СПб.: ИВЭСЭП, Знание, 2007. - С.27.

² См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юрист, 2007. – С.245.

³ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - С.26-27.

переселенцами в правовую систему своей новой родины элементов предыдущей правовой системы¹.

Современное развитие правовых семей характеризуется усилением их взаимодействия. Элементы одной правовой семьи начинают проникать в недра другой, что связано с общей тенденцией усиления интеграционных процессов современного мира, глобализацией и т.д. Динамика развития приводит к тому, что некоторые правовые семьи сужают сферу своего присутствия на правовой карте (социалистическая правовая семья), появляются смешанные правовые семьи. Процессы развития затрагивают и их внутренне строение, поскольку имеет место обособление отдельных групп правовых систем.

Список рекомендуемой литературы:

Бойцова В.В. Панорама современных правовых систем / В.В. Бойцова, Л.В. Бойцова // Юридический мир. – 2002. – № 8. – С. 33-49.

Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози; Пер. с фр. В.А. Туманова. – М.: Междунар. отношения, 2009. – 456 с.

Малько А.В. Сравнительное правоведение: учебно-методический комплекс / А.В. Малько, А.Ю. Саломатин. – М.: Норма, 2008. – 352 с.

Решетников Ф.М. Правовые системы стран мира: Справочник / Ф.М. Решетников. – М.: Юридическая литература, 1993. – 255 с.

Рожкова Л.П. Принципы и методы типологии государства и права / Л.П. Рожкова; Под ред. М. И. Байтина. – Саратов: Изд-во Сарат. ун-та, 1984. – 116 с.

Саидов А.Х. Сравнительное правоведение и юридическая география мира / А.Х. Саидов; РАН, Ин-т государства и права. – М., 1993. – 148 с.

Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / А.Х. Саидов; отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп. и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – 510с.

¹ См.: Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. – М.: Норма, 1996. – С.139-140.

Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2т. Т.1, Основы: Пер. с нем. / К. Цвайгерт, Х. Кётц. – М.: Международные отношения, 1998. – 479 с.

Глава 3. Эволюция идей сравнительного правоведения

Богатство и многообразие мира права – одно из ярких свидетельств ценности правовых потенциалов мирового сообщества. Каждая страна накопила, сохранила и приумножила свои правовые концепции, традиции правовой культуры, специфические юридические институты, везде действуют система подготовки юристов и юридического образования в целом. В современный период доминирующая тенденция к сближению принципов права и национальных законодательств побуждает искать их общие моменты, использовать приемы гармонизации, унификации и т. п.

Правовое многообразие нельзя рассматривать как исторический анахронизм, связывая его с традициями прошлых веков и юридическим консерватизмом. История каждого государства и группы стран общей судьбы или связанных между собой прочными экономическими, культурными узами и географической близостью формирует устойчивые правовые воззрения, традиции и правовую культуру. Отношение к праву неодинаково у населения Северной, Центральной и Южной Европы. Законопослушание скандинавов, англичан и немцев контрастирует с пренебрежением к формальным нормам в мусульманском мире. Следовательно, одно из коренных правовых различий заключается в разных идеологических, религиозных и мировоззренческих истоках права, так называемом «юридическом мировосприятии»¹.

В юридической литературе до сих пор ведутся споры относительно времени зарождения и этапов становления сравнительного правоведения в Западной Европе и США. Так, А.В. Малько и А.Ю. Саломатин предлагают выделять следующие этапы: развитие сравнительного правоведения в доиндустриальных

¹См. подробнее: Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. – М.: Издательство НОРМА, 1996. – С.20-29.

обществах; в условиях промышленного переворота и индустриализации; в XX веке¹.

Далеко не сразу человечеству удалось осознать и понять в полном объеме такую цель юридического познания, как сравнительное правоведение. Хотя еще в Древней Греции с ее обилием городов-государств предпринимались попытки изучения их правовых уставов. Римская империя, формируя собственное ставшее классическим «римское право», впитывала и перерабатывала правовые нормы чужеземных народов. В средние века раздробленность обществ делала неизбежным соприкосновение и даже столкновение юридических правил королевств, княжеств, герцогств, земель, когда в итоге побеждало «право завоевателя».

Просветители широко использовали сравнительный метод, как в историческом, так и в страноведческом планах.² Английский философ Джон Локк в конце XVII в. развивал учение греческих мыслителей об идее единого естественного закона, действующего и в природе, и в обществе, и в государстве. Локк развил далее учение о естественном праве, сделав акцент на роли личности в системе естественных прав и обязанностей. Этический принцип права на счастье дополняется положением о равенстве людей, о таком состоянии равенства, при котором вся власть и вся юрисдикция являются взаимными. Тут видны новые подходы к государству и политической власти, отвергавшие их божественные и иные внешние источники. Функции государственных институтов становятся скорее естественно-органическими. Поэтому переход от естественного состояния к гражданскому обществу есть результат общественного договора³.

Жан-Жак Руссо в своей теории общественного договора развивает идеи получения власти от народа и передачи ее избранным. Правление по воле большинства, на основе законов формирует правовое государство. Критически отторгая аристократические традиции итальянских государств, Чезаре Беккариа в своей книге «О преступлениях и наказаниях» (1764 г.) обосновывает принцип равенства на основе закона. Он связывает с книгопечатанием правовой про-

¹ См. подробнее: Малько А.В., Саломатин А.Ю. Сравнительное правоведение. – М.: Норма, 2008. – С. 75-100.

² См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности). – М., 2007. – С. 58-88.

³ См., например: Зайченко Г.А. Джон Локк. – М., 1988.

гресс, поскольку оно сделало широкую общественность хранителем священных законов, вырвав их из рук узкого круга посвященных и правителей¹.

Шарль Луи Монтескье, разрабатывая теорию разделения властей, глубоко изучал опыт республик древности и особенно английский парламентаризм. Критикуя теологические и абсолютистские концепции государства и права, он формирует концепцию разделения властей как идеальное устройство государства, как противовес деспотизму. Не давая ее положений, которые известны читателю, подчеркивает использование мыслителем сравнительного метода. В своих трудах «Размышления о причинах величия и падения римлян» (1734 г.), «О духе законов» (1750 г.) Монтескье анализирует и сопоставляет государственные системы прошлого и настоящего. В частности, большинство древних республик имело, по его мнению, один крупный недостаток: народ имел право принимать активные решения в сфере исполнительной деятельности, к чему он неспособен. Участие народа должно быть ограничено избранием представителей². В трудах Монтескье дан анализ государственного устройства Афин, рассматривается процесс осуществления власти в монархических государствах.

Известный немецкий философ Георг Гегель часто пользовался методом сравнительного анализа при исследовании социальных и государственно-правовых явлений. В качестве иллюстрации можно привести его статью «Английский билль о реформе 1831 года», которая посвящена обсуждению в английском парламенте билля о реформе избирательного права с целью расширить и сделать равным представительство в парламенте от различных слоев и населенных пунктов. В процессе анализа Гегель обращает внимание на другое достоинство билля, а именно преодоление взглядов на позитивность как основу всех институтов английского права, которые «даны» властью и отражают скорее «частные» привилегии. В основе же правовых институтов континентальных государств лежат общеправовые принципы справедливости и равенства. Акцентируется влияние Франции на правопорядок в Европе. Отставание Англии

¹ См.: Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях. – М., 1995. – С. 75-82.

² Подробнее см.: Азаркин Н. М. Монтескье. – М., 1988.

объясняется господством в ней аристократических порядков. Критически оценивается и Конституция Германской империи, которая явилась лишь «бесформенным агрегатом частных прав, создавала лишь внешнюю связь между немецкими землями»¹.

Как видно, великих мыслителей прошлого привлекал как сравнительный историко-правовой, так и сравнительно-институциональный анализ. Выявлялись устойчивые закономерности, достоинства и пороки государственных институтов, обосновывались здравые и полезные советы, как лучше устроить и вести государственные дела. И эта познавательная традиция сохраняется и развивается в дальнейшем в трудах зарубежных и отечественных исследователей.

Интересна в этом плане книга французского юриста и политолога Алексиса де Токвиля, который в 1835 г. опубликовал книгу «Демократия в Америке». Поводом для поездки автора в США послужило желание изучить новшества в системе управления тюрьмами, поскольку во Франции готовился пересмотр Уголовного кодекса. Но замысел изменился и привел А. Токвиля к широкому сравнительному изучению и сопоставлению государственных институтов Америки и Франции. «Проблемным полем» стали различные стороны государственной и общественной жизни США: принцип народовластия, власть в штатах и федерализм, конституция, судебная власть. Изучению были подвергнуты каналы влияния народа на политику и власть, включая партии, печать, выборы. Особое внимание было уделено законодательству и законности и отражению социальных интересов. Отдельные выводы суммированы в сжатом резюме «Значение вышесказанного для Европы»².

Не оставили без внимания возможность сопоставления государственно-правовых институтов К. Маркс и Ф. Энгельс. В историческом плане предметом их анализа были догосударственные и государственные образования, этапы развития рабовладельческих, феодальных и капиталистических государств и перспективы создания безгосударственного коммунистического общества. В то

¹ Гегель Г. Политические произведения. – М., 1978. – С. 373-379.

² Де Токвиль А. Демократия в Америке. – М., 1992.

же время отдельные институты современных государств – монархизм, парламентаризм, разделение властей, исполнительная власть, выборы – сопоставлялись в критическом и позитивном аспектах. Многочисленные иллюстрации трудового, рабочего, конституционного, гражданского, семейного права в их отдельных проявлениях обнаруживаются во многих трудах основоположников марксизма применительно к Германии, Англии, Франции. В этом видны используемые ими познавательные и социальные функции сравнительного правоведения.

Высшей точки своего развития сравнительное правоведение той эпохи достигло в 1900 году, когда в Париже состоялся Международный конгресс по сравнительному праву, организованный учеными Эдуардом Ламбером и Раймоном Салеом. По мнению Ламбера, сравнительное право должно помочь постепенно устранить непринципиальные различия в законодательствах народов, стоящих на одинаковых ступенях культурного и экономического развития, и свести к минимуму те из них, в основе которых лежат не политические или социальные и моральные условия жизненного уклада разных стран, а обусловленные данной, конкретной эпохой преходящие обстоятельства.

Основные идеи многочисленных докладов, представленных на конгрессе, можно резюмировать следующим образом: создать всеобщее правовое регулирование или набор единообразных решений и тем самым сблизить различные правовые порядки. Особенностью Парижского конгресса стало определение не только целей, но и «характера» сравнительного правоведения того времени. Будучи оптимистично-прогрессивным в своем стремлении к мировому единству, конгресс в то же время ставил сравнительному правоведению рамки как юридические, так и географические. Считая, что предпосылкой для сравнения является схожесть сравниваемых предметов, конгресс тем самым сузил сферу применения сравнительного правоведения лишь правом, основанным на законодательных актах (статутное право), и правовыми порядками стран континентальной Ев-

ропы¹. По этому поводу М. Ансель сделал довольно меткое замечание: «С точки зрения методологии целью или задачей сравнения является создание рациональной правовой науки, которая позволила бы сформулировать регулирующие нормы, отвечающие потребностям континентальной Европы XIX века».²

Таким образом, в начале XX века в Европе формируется такое научное направление, как сравнительное правоведение, чему также способствовало создание в 20-е годы Международной академии сравнительного права. Появилось много трудов по компаративистике как общего характера, так и применительно к отдельным отраслям и регионам³. Речь идет не только о сравнении законов и иных актов, но и о влиянии правовых принципов и концепций не только на законодательную, но и на судебную практику⁴. В нашей стране переведен ряд книг по сравнительному праву, появилось немало оригинальных трудов о зарубежной правовой культуре⁵.

В отечественной юридической науке условно выделяют четыре этапа сравнительного правоведения. До 1917 г. характерно объективистское описание зарубежного правового опыта, после 1917 г. – критический этап, когда иностранные доктрины и правовая практика подвергались негативной оценке. Третий – 60-70 годы XX века связаны с переводом ряда иностранных книг и первыми отечественными трудами по компаративистике. Четвертый – современный период серьезного внимания к иностранному опыту правового развития и активного поиска крупных правовых решений⁶.

Думается, такое деление не совсем точно отражает развитие компаративистских идей и методологии сравнительно-правового исследования. В российской истории задолго до 1917 г. можно обнаружить следы взаимного влияния права, как русского, так и иностранного. Составители Соборного Уложения

¹ См.: Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I. – М., 1995. – С. 9-10, 92.

² Ансель М. Методологические проблемы сравнительного правоведения. Очерки сравнительного права. – М., 1986. – С. 26.

³ См., например: Schlesinger R. B. Comparative Law. Cases - Text - Materials. V-th ed. Mineola; N. Y., 1980; International Encyclopedia of Comparative Law. Volume (National Reports), 1987.

⁴ Law making, law Jinxing, and law shaping / Ed. by B.S. Markesinis. Oxford University Press, 1987. P. 37- 41.

⁵ См.: Голландская правовая культура / Отв. ред. В.В. Бойцова и Л.В. Бойцова. – М., 1998.

⁶ См.: Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения. – М.: ООО «Городец-издат», 2002. – С. 119.

1649 г. не могли не учитывать опыта зарубежных кодификаций. Позже внешнее, зарубежное правовое воздействие во многом иницируется царями, которые своим политическим курсом облегчали восприятие в России прогрессивных правовых идей и учреждений. Реформы Петра I, затрагивающие административное управление, в немалой степени отражали содержание и институты правовых систем Швеции, Голландии. Екатерина II, следуя этим же курсом, хотя и поощряла знакомство с идеями Вольтера и французских энциклопедистов, была жестка в отношении их практического применения в России.

Известный французский мыслитель Вольтер в переписке с русской императрицей Екатериной II сообщает в 1770 г. о высокой оценке подготовленного ею «Наказа к составлению свода законов России», который служит упреком французам в их смешной и варварской юриспруденции, построенной на декретах папы и церковных норм¹.

В 1777 г. Вольтер пишет, что получил немецкий перевод Свода законов и начал переводить его на язык французов. Вольтер и его коллега внесли даже по 50 луидоров в пользу того, кто составит уголовный кодекс, близкий к русским законам и наиболее пригодный для страны, где они живут.

Громадная кодификационная работа Сперанского в первой трети XIX века была созвучна обновлению права на Западе. Не случайно, видимо, проект гражданского уложения рассматривался позднее как переделка Кодекса Наполеона как по системе, так и по некоторым подробностям.

Примечателен процесс своеобразной «правовой ассимиляции», когда в Свод законов Российской империи 1835 г. не включались многие законы, действовавшие на отдельных территориях Российской империи – в Прибалтике, Польше, Финляндии, на Кавказе. Местные узаконения собирались и обобщались, Сенат издал на русском языке правовые акты Молдавии, Белоруссии, Кавказа. В 40-х гг. был утвержден «Свод местных узаконений губерний остзейских, повелением императора Николая Павловича составленный». После присоединения Финляндии к России было подтверждено действие на ее террито-

¹См.: Вольтер. Избранные произведения. Переписка Вольтера с Екатериной II. – М., 1947.

рии Шведского Уложения 1734 г., своих брачно-семейных, наследственных, вещных, обязательственных норм. В Польше продолжал действовать Французский гражданский кодекс 1804 г. с изменениями разделов о браке и др. В Грузии продолжали руководствоваться обычаями и Уложением царя Вахтанга VI (начало XVIII в.)¹.

В трудах ученых и писателей России XIX в. мы обнаруживаем много примеров умелого применения методов сравнительно-правового анализа. Одной из интересных попыток такого рода является книга Н.Я. Данилевского «Россия и Европа», опубликованная в 1871 г. В ней содержится глубокий анализ черт общего и особенного в российском государстве и европейских государствах, причем сопоставление дается на широком историко-культурном и этнографическом фоне. Характеристика государства сочетается с анализом его мононациональной и многонациональной структуры на примере Римской империи, Германии и России. Федерация рассматривается как организация власти снизу вверх, и славянский тип общности людей предопределяет, по его мнению, возможность создания славянской федерации с Россией во главе как некоего противостояния Европе². Тут бесспорно влияние идей Бакунина и Лаврова.

Много внимания российские ученые-юристы уделяли сравнительному анализу применительно к отраслям и институтам права. Примечателен в этом смысле «Сборник государственных знаний», изданный в 1875 г. Статьи Ф.Г.Терпера «Акционерное общество» и Д.П. Скуратова «Заметки по поводу акционерного законодательства» построены на сопоставлении законов, положений и уставов России, Англии, Германии, Франции. В критико-библиографическом разделе сборника помещены обзоры и статьи об опыте исследования английских косвенных налогов, о древнем праве балтийских славян. Даны обзоры иностранной литературы по вопросам государственного управления, финансов и военного дела³.

¹ Подробнее см.: Развитие русского права в первой половине XIX века. – М., 1994. – С. 25- 40.

² Данилевский Н.Я. Россия и Европа. – М., 1991.

³ Сборник государственных знаний/ Под ред. В. П. Безобразова. Т. II. – СПб., 1875.

Для российской правовой мысли конца XIX – начала XX в. весьма характерно широкое использование сравнительно-правового метода. Его возможности позволили отечественным юристам и философам сопоставлять разные политико-правовые идеи и концепции, оценивать тенденции государственно-правового развития в различных странах. В трудах М.М. Ковалевского, Б.Н. Чичерина, Н.М. Коркунова, П.И. Новгородцева, Л.И. Петражицкого и др. можно обнаружить немало компаративистских сюжетов, как историко-сравнительных, так и применительно к сравнению современных им систем. Но акцент чаще делался на сопоставлении государственных институтов и связанных с ними законов.

Уместно отметить и известное противостояние «славянофилов» и «западников», которое выражается в критике, отчуждении «западных образцов» в государственно-правовой сфере. Право в России, по мнению первых, должно строиться не на копировании иностранных юридических теорий прав личности и т.п., а на традиционной византийской почве с ее общинным укладом жизни и «обязательным государством» как государством общего дела¹.

Использование историко-сравнительного метода в праве² позволило М.М. Ковалевскому блестяще разработать вопросы представительства и самоуправления на примере ряда государств. Б.Н. Чичерин в «Курсе государственного права» в историко-сравнительном плане рассматривает элементы государства и его институты³. Н.М. Коркунов в «Лекциях по общей теории права», строго следуя историко-сравнительному методу, рассматривает эволюцию частного и публичного права, их соотношение между собой, начиная с римских юристов и заканчивая обзором концепций современников⁴.

Аналитика содержится и в разработке П.И. Новгородцевым вопросов демократии, причем эволюция взглядов политологов и юристов сочетается с объективным анализом реальных процессов в разных государствах. Отмечая, что

¹См., например: Алексеев Н. Русский народ и государство. – М.: Аграф, 1998. – С. 68-141, 372-385.

²Подробнее см.: Ковалевский М. Историко-правовой метод в юриспруденции и приемы изучения истории права. – М., 1880.

³ Чичерин Б. Курс государственного права. Т. I. – СПб., 1894.

⁴См.: Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. – СПб., 1989.

древний мир знал только непосредственную демократию и допускал отождествление ее с формой правления, он выделяет положения Руссо о демократии как форме государства, в котором верховная власть принадлежит народу. Самоуправление народа может неодинаково выражаться в монархиях и республиках, и здесь критически оценивается мысль А. Токвиля о неизбежности демократии как таковой. Язвительно подчеркивается боязнь англичан заимствовать «новое» из Франции. Современное понятие демократии П.И. Новгородцев связывает с идеей правового государства и свободы, равенства личности, с воспитанием народа и повышением его нравственного опыта. Фактическое осуществление народовластия неодинаково в маленькой Швейцарии и в США, Канаде, где велика власть денег и плутократии, во Франции, в Латинской Америке с кругооборотом революций и олигархий. Социализм же ближе стоит к идеологии теократии, чем демократии¹.

Теоретики права умело и убедительно сопоставляли правовые взгляды и концепции представителей разных школ и государств, обнаруживая то, что их сближало и разделяло. Особенно это касалось отношения к праву, которое нередко воспринималось в России с нигилистических позиций, что подверг резкой критике Б.А. Кистяковский².

Г.Ф. Шершеневич в «Общей теории права» убедительно показывает достоинства и недостатки разных правовых концепций и отражение в них исторических условий развития права и государства. Критически оценивается им роль энциклопедий права, в частности отражение в России и Франции 40–80-х годов XIX века композиций германской энциклопедии права. Сравнение с правом других народов допускалось скорее в историческом аспекте. Заимствование правовых образцов признавалось как тенденция развития³.

Поворот в отечественном сравнительном правоведении происходит с победой советской власти, когда новая идеология становится основой формирования и развития социалистического права. Полный разрыв с идеями, принци-

¹См.: Новгородцев П.И. Демократия на распутье. – М., 1995. – С. 388-406.

²См.: Кистяковский Б.А. В защиту права// Вехи. – М., 1991.

³См.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Т. I. Вып. 1. – М., 1995. – С. 53-58, 171-182, 252-265, 276–308; там же. Т. II. Вып. 2,3,4. – М., 1995.

пами и нормами буржуазного права привел ученых- юристов и практиков к отходу от позитивного анализа зарубежных правовых систем. Если в 20-е годы XX века еще можно встретить благожелательные оценки отдельных иностранных правовых институтов, особенно гражданского права, юридической техники, то в дальнейшем они исчезают. В.И. Ленин в критическом плане оценивал буржуазные институты парламента, местных властей, суда, политические права и свободы граждан, избирательные системы. Продолжением этой линии был курс большевиков и КПСС, государства на остро негативное отношение к иностранному праву и откровенно апологетический подход к социалистическому праву. Объективное сравнительно-правовое изучение было заменено в юридической науке и пропаганде в основном критической оценкой, которая создавала впечатление абсолютно ценной и изолированной правовой системы социализма.

В советской юридической литературе 60–70-х гг. выявилось двоякое отношение к сравнительному правоведению. Появились труды, посвященные его развитию в рамках мировой социалистической системы. Книга А.А. Тилле «Социалистическое сравнительное правоведение» раскрывала возможности применения приемов сравнительного анализа в юридических исследованиях, в практической деятельности¹. Советские юристы признавали сравнительный метод одним из методов марксистско-ленинской теории государства и права², но далеко не главным, а скорее побочным и второстепенным. Его контрастирующая направленность имела очевидную идеологическую подоплеку.

В то же время хорошие традиции отечественной юридической школы (М.М. Агарков, Е.А. Флейшиц, Л.А. Лунц и др.) создали благоприятную почву для прикладного сравнительного анализа в рамках отдельных отраслей права и законодательства. В гражданском, трудовом, экологическом, уголовном законодательстве эти возможности можно было использовать шире, в ряде отраслей публичного права – значительно сложнее ввиду их очевидной политизированности. Но и в отраслевых науках обсуждался вопрос о предмете социалистиче-

¹ См.: Тилле А. А. Социалистическое сравнительное правоведение. – М., 1975.

² См.: Файзиев М.М. Использование классиками марксизма-ленинизма сравнительного метода при исследовании государственно-правовых явлений// Советское государство и право. – 1973. – № 8. – С. 120-123.

ского сравнительного правоведения и о спектре применения его методов. Показательны плодотворные попытки сравнительного анализа законодательства союзных республик, которые теперь воспринимаются с особой благодарностью в связи с правовым разнообразием в рамках общероссийской правовой системы¹. Работы общего характера способствовали развитию исследований в данном направлении².

Представляет интерес сборник статей, опубликованный в 1978 г.³, в котором объединены работы ученых-юристов зарубежных социалистических стран, исследовавших вопросы методологии и методов сравнительного правоведения, цели и задачи применения сравнительного метода, проблемы сравнимости и несравнимости различных правовых систем, критерии и уровни правового сопоставления. Примечательно, что многие общие вопросы анализируются авторами в контексте сравнения права двух общественных формаций – капиталистической и социалистической.

Изменения на политической карте мира в конце 80-х гг. повлекли за собой перемены в сравнительном правоведении. Политическое и экономическое сближение постсоциалистических стран с иностранными государствами дало мощный толчок к открытости правовых систем и их широкому взаимовлиянию. Правда, оно не стало взаимным, поскольку «модели западного права» стали рассматривать в качестве образцовых и универсальных. Распространение общих правовых идей, концепций правового государства сопровождалось и сопровождается в настоящее время копированием и механическим заимствованием юридических конструкций и правовых решений. Поэтому особую значимость приобретает теоретическая разработка проблем современного сравнительного правоведения.

К одной из них, несомненно, относится книга А.Х. Саидова «Сравнительное правоведение и юридическая география мира»⁴. Как отмечается в работе,

¹См.: Проблемы сравнительного исследования законодательства союзных республик. – Ташкент, 1974.

²См.: Туманов В.А. О развитии сравнительного правоведения// Советское государство и право. – 1982. – № 11. – С. 41-49.

³См.: Сравнительное правоведение/ Под ред. В.А. Туманова. – М., 1978.

⁴См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение и юридическая география мира. – М., 1993.

взаимопроникновение элементов тех или иных правовых систем становится усиливающейся тенденцией, которая, однако, не перекрывает пути дифференциации правовых массивов. Поэтому поиски общих закономерностей правового развития желательно сочетать с бережной оценкой правового разнообразия в современном мире¹.

Полезной является книга-справочник Ф.М. Решетникова «Правовые системы стран мира», где в каждом из 24 очерков дана краткая характеристика государственного строя, правовой системы, источников права и отраслей частного права (гражданского, торгового, семейного и др.) и уголовного права².

В ходе научных исследований, в процессе правотворчества и правоприменения даются разные оценки сравнительному правоведению. По-прежнему дискуссии ведутся вокруг природы, целей и функций, методологии сравнительного правоведения.

Наиболее фундаментальным зарубежным научным трудом является книга французского ученого Рене Давида «Основные правовые системы современности» (первое издание на русском языке вышло в 1967 г., второе – в 1988 г.)³ Сочетание глубокого теоретического анализа с обобщением громадного нормативно-правового материала делает книгу ценнейшим источником изучения и плодотворного развития сравнительного правоведения. Для общей позиции Р. Давида характерно, с одной стороны, признание тесной связи сравнительного правоведения с теорией права и социологией права, с другой – утверждение о сравнительном правоведении как занятии всех юристов, умеющих применять метод сравнительного анализа в рамках разных отраслей юридической науки и законодательства.

Привлекает внимание и книга немецких юристов К. Цвайгерта и Х. Кетца «Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права»⁴. Кроме традиционного взгляда на отдельные правовые семьи авторы попытались дать дру-

¹См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение и юридическая география мира. – М., 1993. - С. 48.

²См.: Решетников Ф. М. Правовые системы стран мира. – М., 1993.

³Давид Р. Основные правовые системы современности (сравнительное право). – М., 1967; Давид Р. Основные правовые системы современности. – М., 1988.

⁴См.: Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I. – М., 1995. – С. 8-11.

гой критерий их классификации, а именно «правовой стиль» – это комплексное понятие, включающее историческое происхождение и развитие правовой системы, источники права, господствующие доктрины, идеологические факторы.

В правовой картине мира обнаруживаются общие черты мирового правового развития и специфика законодательства различных государств. Крупные общественные преобразования в России и других странах СНГ исходят из признания верховенства права, приоритета прав и свобод граждан, формирования правового государства, разделения властей, децентрализации управления, свободной экономической деятельности. Формируются демократические принципы правотворчества и правоприменения, новые правовые институты. При некоторой правопреемственности переосмысливаются старые юридические формы и взгляды, создаются новые нормы, отражающие движение этих стран к гражданскому обществу и социально ориентированной рыночной экономике. Национальные правовые системы развиваются во все большей взаимосвязи между собой. Усиливается юридикологическое и нормативно-структурное влияние правовых систем иностранных государств и тех общих классических правовых доктрин, которые ранее отвергались.

Законодательство и правовую систему нельзя рассматривать вне их связи с динамично развивающимися правовыми массивами и особенно с международным правом. В их связи – немало устойчивого и закономерного, но и много противоречивого и случайного. Очевидна тенденция выделения сферы правового сотрудничества, в рамках которой наблюдается взаимопроникновение правовых теорий, учений и взглядов, интенсивный обмен правовой информацией, принятие согласованных или сходных правовых актов и норм. Поэтому в условиях нарастающей правовой интеграции возрастает роль сравнительного правоведения.

Список рекомендуемой литературы:

Базедов Ю. Возрождение процесса унификации права: европейское договорное право и его элементы / Ю. Базедов // Государство и право. – 2000. – № 2. – С. 65-76.

Бойцова В.В. Исторические традиции российской школы сравнительного права / В.В. Бойцова, Л.В. Бойцова // Журнал российского права. – 2003. – № 8. – С. 158-168

Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози; Пер. с фр. В.А.Туманова. – М.: Междунар. отношения, 2009. – 456 с.

Малько А.В. Сравнительное правоведение: учебно-методический комплекс / А.В. Малько, А.Ю. Саломатин. – М.: Норма, 2008. – 352 с.

Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения / М.Н. Марченко. – М.: ООО «Городец-издат», 2002. – 1068 с.

Новицкий И.Б. Римское право: учебник для вузов / И.Б. Новицкий; Моск. гос. ун-т, Юрид. фак. – Москва: ЗЕРЦАЛО-М, 2008. – 245 с.

Очерки сравнительного права: Сборник / Сост., пер. и вступит. статья В.А.Туманова. – М.: Прогресс, 1981. – 256с.

Саидов А.Х. Введение в основные правовые системы современности / А.Х. Саидов; АН УзССР, Ин-т философии и права. – Ташкент: Фан, 1988. – 217 с.

Саидов А.Х. Сравнительное правоведение и юридическая география мира / А.Х. Саидов; РАН, Ин-т государства и права. – М., 1993. – 148 с.

Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / А.Х. Саидов; отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – 510с.

Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2т. Т.1, Основы: Пер. с нем. / К.Цвайгерт, Х. Кётц. – М.: Международные отношения, 1998. – 479 с.

Глава 4. Романо-германская правовая семья

§ 1. Этапы формирования романо-германской правовой семьи

Данная правовая система является наиболее древней и широко распространеннейшей в мире, что объясняется не только ее историческими корнями.

Система отличается нормативной упорядоченностью и структурированностью источников, устойчивыми демократическими правовыми принципами, обеспечением строгой юридической техники.

Романо-германская правовая семья охватывает большую часть стран Африки, все страны Латинской Америки, страны Востока, включая Японию, а также страны континентальной Европы. Правовые системы последних по ряду специфических признаков подразделяются на две группы: романскую и германскую. К первой группе относят правовые системы Франции, Италии, Испании, Бельгии, Люксембурга и Нидерландов. Ко второй группе – правовые системы Германии, Австрии, Швейцарии и ряда других стран¹. С учетом того, что за последние столетия наблюдалось ее бурное развитие и в других частях света и регионах романо-германскую правовую семью иногда подразделяют на латиноамериканскую, скандинавскую, латинскую и другие правовые подгруппы.

В последующем романо-германская правовая семья распространилась за пределы континентальной Европы за счет колонизации европейскими странами других стран, насильственной экспансии романо-германской правовой семьи в неевропейские страны, а также за счет добровольной рецепции, усвоения и перенесения ряда ее положений иными странами. Случаи усвоения и добровольного перенесения некоторых положений из романо-германской в англосаксонскую правовую семью можно наблюдать, в частности, в развитии правовых систем отдельных штатов США. Правовые системы Луизианы, Невады, Техаса и ряда других штатов, бывших под властью Франции, Испании и иных метрополий, после получения ими статуса штатов США органически сочетали в себе элементы англосаксонского общего права и элементы романо-германского, континентального права. Эта ситуация сохраняется и по сей день.

В своем развитии романо-германская правовая семья прошла весьма длительный путь. Исследователи выделяют три основных периода ее эволюции.

Исторические корни континентальной правовой системы формировались в правовых воззрениях и в праве Римской империи. Юридическая классика Ри-

¹ Давид Р. Основные правовые системы современности. – М., 2009. – С. 37-68.

ма и его четко разработанной системы правовых понятий и правовых норм как точных формул оказалась устойчивым фундаментом для последующего развития права в Европе. Начало же римско-германской правовой семьи юристы-исследователи и историки ведут с XIII в.

Существовавшие в тот период элементы, из которых постепенно складывалась романо-германская правовая семья, имели характер обычного права. Широко использовались кодекс, дигесты и институции Юстиниана, а также другие, приспособленные к новым условиям, источники римского права. На территории нынешних европейских стран применялись разнообразные обычаи и законы германских, славянских, нордических и иных племен – законы варваров. Не предпринимались даже попытки их систематизации, юридической компиляции, их комплексного изучения и обобщения. В рассматриваемый период право существовало лишь формально, а споры между частными лицами и социальными группами разрешались в этот период «по закону сильного или произвольной властью вождя»¹.

Система правосудия в тот период, если можно говорить о таковой, была разобщена. В судебных процессах господствовало обращение к сверхъестественному с применением инквизиционной системы доказательств. Исполнение судебных решений никак не обеспечивалось.

Второй период развития романо-германской правовой семьи, который хронологически определяется с XIII по XVIII века, непосредственно ассоциируется с Ренессансом. Идея обращения к великому прошлому, в частности к правовым традициям и к самой правовой системе Древнего Рима, способствовала развитию правовой культуры общества в новых условиях и осознанию необходимости существования права².

Право, основанное на естественно-справедливых началах, на общности формируемой гуманистической культуры и нового мышления, признавалось оптимальной формой общественного устройства. Создание римско-германского

¹ Давид Р. Основные правовые системы современности. – М., 2009. – С. 37-56.

² Давид Р. Основные правовые системы современности. – М., 2009. – С. 57- 64.

права связано с рецепцией и одновременно модернизацией римского права. Понятия собственности, деление права на частное и публичное, вещных и личных прав, договоров были восприняты и поддержаны. Одновременно формируется новая система юридических понятий, терминов, приемов, система формулирования правовых норм, которая лучше отвечала новому миропониманию¹.

В ходе длительного развития право в европейских странах становится систематизированным, облекается в новые структурные формы. Логическая правовая система стремится поставить в центр человека с его субъективными правами и интересами и новым отношением к обществу и государству. Особенно это касается публичного права, поскольку в сфере общественных интересов и власти римское право не могло служить устойчивым примером. Конституционные идеи, идеи разделения властей, принципы правосудия приобретают все более отчетливое выражение в политических учениях и правовых доктринах с учетом тенденций меняющейся социальной практики.

Говоря об особенностях становления и развития романо-германской правовой семьи, следует особо подчеркнуть, что она изначально набирала силу и развивалась независимо от тенденций усиления централизации власти и осуществления каких бы то ни было политических целей. Ее фундаментом с самого начала служила общность культуры и традиций западноевропейских стран. Основными средствами углубления и распространения идей, лежавших в основе романо-германского, континентального права, стали европейские университеты, в которых впервые была осознана и популяризирована идея рецепции римского права, выработана университетская концепция права, трактовавшая его как должное (то, что нужно делать), а не как сущее (то, что делается на самом деле). В университетской правовой науке преобладала тенденция изучения права в тесной связи с другими дисциплинами – философией и теологией. При этом утверждалось, что изучение права преследует не прагматическую, а сугубо социальную, гуманистическую цель².

¹См.: Омельченко О. А. Основы Римского права. – М., 1994.

² Давид Р. Основные правовые системы современности. – М., 2009. С. 41-46.

Третий период в развитии системы романо-германского права ассоциируется с усиленным развитием законодательства в европейских странах и кодификацией. Данный период продолжается и в настоящее время.

Характерным для конца второго и начала третьего периодов является то, что победившие в это время в странах континентальной Европы буржуазные революции коренным образом изменили или полностью отменили феодальные правовые институты, внесли существенные коррективы в представления о самом праве, превратив закон в основной источник романо-германского права.

Характеризуя данный период Рене Давид подчеркивал, что именно тогда в Европе «впервые возник интерес к позитивному праву». Впервые стало допускаться, что «суверен может создавать право и пересматривать его в целом». Теоретически считалось, что эти полномочия даются суверену «для закрепления принципов естественного права». В то же время практически, получив соответствующие полномочия, он мог уклоняться от данной цели и даже использовать власть для изменения основ государственного и общественного строя, нисколько не заботясь при этом о «естественных правах»¹.

Причины, обусловившие повышение роли позитивного права, закона и законодательства, предопределили также по мере накопления законодательных актов необходимость и возможность их систематизации, а точнее, кодификации. Во многих странах европейского континента была проведена систематизация действующих законодательных актов и как результат были приняты кодексы: во Франции (1804), в Германии (1896), Швейцарии (1881–1907) и других странах первоначально были приняты гражданские кодексы, в последующем – уголовные, уголовно-процессуальные и др.

§ 2. Общая характеристика романо-германской правовой семьи

Континентальная система права приобрела характер универсальной, разумеется, с теми особенностями и модификациями, которым она подвергалась в различных регионах мира. Анализу континентальной системы права посвящено

¹ Там же. С. 57-64.

громадное количество разнообразных источников – как специальной литературы¹, так и нормативно-правовых сборников².

Постепенно сформировавшаяся система романо-германского права при всех исторических, национальных и региональных особенностях обладает целым рядом общих признаков.

1) Деление права на частное и публичное, зародившись в Древнем Риме для дифференцированного правового регулирования частных и общественных интересов, сохраняет свое значение и в последующих веках. Как парные категории публичное и частное право не могут существовать друг без друга, тем более что происходящие перемены в их содержании и соотношениях дают основание относиться объективно к их существованию³.

Выдвижение на передний план прав и свобод человека и гражданина не означает абсолютизации «личного начала» в обществе и противопоставления прав и интересов человека и гражданина интересам общества и государства. «... В тех случаях, когда общественная природа людей не находит своего выражения и вынуждена искать выход в особенностях, она настолько искажается, что направляет всю силу на отделение от других и в утверждении своего обособления доходит до безумия; ибо безумие и есть не что иное, как полное обособление индивидуума от своего рода»⁴. Поэтому новое осмысление публичности означает, что его нельзя сводить к обеспечению лишь государственных интересов. Это – общие интересы людей, как разного рода сообществ, объединений (политических, профессиональных, территориальных и др.), это – объективированные условия нормального существования и деятельности людей, их организаций, предприятий, общества в целом, это – коллективная самоорганизация и саморегулирование, самоуправление.

¹См.: Давид Р. Основные правовые системы современности. – М., 2009. – С. 37-126; Саидов А. Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности), М., 2007. – С. 249-303; Общая теория права/ под ред. А. С. Пиголкина. – М., 1995. – С. 341-354.

²См.: Италия. Конституция и законодательные акты. – М., 1988; Хессе К., Основы конституционного права ФРГ. – М., 1981; Французская Республика. Конституция и законодательные акты. – М., 1989. Федеративная Республика Германия. – М., 1991 г.

³Подробнее см.: Тихомиров Ю. А. Публичное право. – М., 1995.

⁴Гегель Г. Политические произведения. – М., 1978. – С. 176.

2) Еще одна отличительная особенность континентальной правовой системы – строгая отраслевая классификация. Система права подразделяется на отрасли, среди которых базовыми являются конституционное, административное, гражданское, уголовное право, а также гражданско-процессуальное и уголовно-процессуальное право. В рамках отраслей права развиваются подотрасли и институты. Так, конституционное право включает в себя подотрасли прав и свобод граждан, избирательного права, федерального права, власти и государственных органов, институты прямой демократии. Во Франции и Германии развиваются такие отрасли, как конституционное, гражданское, административное, финансовое право, международное публичное право. В других странах наряду с гражданским выделяется торговое, коммерческое право, а также социальное право, налоговое право.

Известное различие права и закона приводят к делению систем законодательства на отрасли. Устойчивые нормативно-правовые массивы развиваются в русле отраслей права. Нередко на них почти не влияют политические и иные перемены в государствах.

Отдельные отрасли законодательства отражены в современных конституциях. Чаще это свойственно конституциям федеративных государств, в которых разграничивается законодательная компетенция федерации и ее субъектов.

Распределение законодательной компетенции между федерацией и ее субъектами на основе конституции присуще и зарубежным государствам. В Конституции ФРГ в разд. VII «Законодательство Федерации», в ст. 73, устанавливается исключительная законодательная компетенция Федерации. В перечне вопросов регулирования: иностранные дела, оборона, гражданство, статус лиц на службе Федерации и федеральных корпораций публичного права, охрана демократического строя Федерации и земель, уголовная полиция и международная борьба с преступностью, статистика. В ст. 74 о конкурирующей законодательной компетенции выделены преимущественно отрасли частного права (трудовое, хозяйственное, социальное обеспечение, земельное и др.) и в то же

время – некоторые вопросы административного законодательства (тарифы, сборы, санитарно-эпидемиологическая защита и т. д.).

3) Для системы континентального права характерна устойчивая иерархия его источников. Верховенствующее положение занимает конституция, которая закрепляет основы статуса личности, политического, экономического и социального строя, атрибуты государства. Конституция определяет цели правотворчества и направления развития законодательства, как его отраслей, так и применительно к сферам общественной жизни.

В системе источников права, урегулированной в конституционно-нормативном порядке, выделяются прежде всего законы. Верховенство закона – стабильный принцип континентальной правовой системы. Различаются, например, федеральные законы и федеральные конституционные законы (Россия), законы и органические законы (Франция), конституционные, органические и ординарные законы (Молдова, Румыния). К другим источникам права относят правовые акты. В Конституции Франции это – акты Президента, премьер-министра (ст. 19, 22), международные договоры и соглашения (ст. 53, 55), резолюции (ст. 49), решения (ст. 61), обращения (ст. 61).

4) Одной из особенностей семьи континентального права является систематизация законодательства. Формы ее различаются по степени охвата нормативного материала, его структуризации, по юридической силе. Так, в Германии в процессе систематизации упор делается на простую инкорпорацию, когда по закону 1958 г. о собрании федерального права систематизации подлежат издания, в которых публикуются законы и подзаконные акты.

В Швейцарии систематическое собрание федерального законодательства включает законы и подзаконные акты, а также постановления федерального суда, имеющие общенормативный характер. В Собрании материал расположен по 19 разделам национального законодательства и раздела о международных соглашениях. Законом 1986 г. установлено, что обновляемое Собрание законодательства строится по предметному принципу и включает и конституции кантонов, и международные соглашения. Во Франции кодексы выступают формой

систематизации законодательства и включают в себя часть других актов, относящихся к соответствующей теме.

5) Для континентальной правовой системы характерно признание ряда теоретических концепций: во-первых, признание доктрины и принципов правового государства; во-вторых, закрепление принципа разделения властей; в-третьих, обеспечение системы конституционного контроля (конституционное правосудие); в-четвертых, регулирование административной юстиции; в-пятых, гарантии развития многопартийной системы; в-шестых, обеспечение местного самоуправления.

§ 3. Особенности правовой системы Германии

Чтобы лучше понять основные черты и особенности романо-германской правовой семьи на современном этапе, рассмотрим подробнее правовые системы Германии и Франции¹.

Основы современной правовой системы Германии были заложены после создания в 1867 г. рядом государств во главе с Пруссией Северо-Германского Союза и образования на его базе в 1871 г. Германской империи. До возникновения общегерманского права на территории нового государства продолжали действовать законодательные акты и обычаи прежних государств и государственных образований. Особую роль при этом играло законодательство Баварии, Пруссии, Саксонии и других влиятельных в тот период германских государств.

Среди общегерманских законодательных актов, оказавших заметное влияние на весь последующий процесс развития законодательства в стране, выделяются такие, как Торговое и Уголовное уложения (1866 и 1871), Гражданское процессуальное и Уголовно-процессуальное уложения, Закон о судостроительстве 1877 г., Гражданское уложение 1896 г. и др.² В научной и справочной юридической литературе особо отмечается, что многие из этих и иных законо-

¹См.: Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения. – М.: ООО «Городец-издат», 2002. – С. 497-499; Проблемы теории государства и права: Учебное пособие / Под ред. М.Н. Марченко. – М.: Юрист, 2001. – С. 440-447.

²См.: Решетников Ф.М. Указ. соч. С. 48-49.

дательных актов, принятых в данный период, продолжают действовать в Германии с учетом изменений и дополнений и в настоящее время.

В структуре современного законодательства Германии продолжают действовать также некоторые адаптированные к нынешним условиям акты, принятые еще в период существования Веймарской республики (1919-1933). Сохраняют свою силу и некоторые законодательные положения и акты, принятые в период существования в стране фашистской диктатуры (1933-1945) (имеются в виду те акты, которые не были отменены постановлениями Союзного контрольного совета, осуществлявшего властные функции в побежденной Германии с 1945 по 1949 г., или же с переходом всей полноты власти в 1949 г. к ФРГ не отмененные ее законодательными органами или Конституционным судом).

Со времени объединения в 1990 г. ФРГ и ГДР огромную роль в законодательной сфере стали играть государственные договоры – об экономическом, валютном и социальном союзе ФРГ и ГДР, вступивший в силу с 1 июля 1990 г., и о механизме вхождения ГДР в ФРГ, подписанный 31 августа 1990 г. В соответствии с первым договором все законодательство ГДР в экономической, валютной и социальной сферах полностью аннулировалось, а взамен него на эти сферы распространялось законодательство ФРГ. Согласно же второму договору и иным актам в процессе воссоединения двух государств на территорию ГДР были последовательно распространены все законодательство и судебная система ФРГ.

В современной правовой системе Германии определяющее значение принадлежит Конституции, принятой 23 мая 1949 г., и разработанным на ее основе конституционным актам. При этом Конституция понимается немецкими исследователями не в традиционном общепринятом смысле, а как «некое материальное единство, содержание которого отражено в основных ценностях позитивного права», увязанных составителем Конституции с традициями либерально-представительной парламентской демократии, либерально-правового государства, федеративного государства, а также принципами социального государства¹.

¹ См.: Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. – М., 1981. – С. 19-20.

Наряду с Конституцией и обычными законами важное значение среди источников права современной Германии имеют постановления, издаваемые центральным правительством федерации и правительствами земель. На основе и во исполнение законов издаются и иные подзаконные акты, которые в количественном отношении занимают все более важное место в системе источников права ФРГ.

В качестве одного из ведущих источников права в правовой системе Германии выступают решения федерального Конституционного суда страны. По юридической силе они стоят на одном уровне с обычными законами. Что же касается толкований Конституционным судом парламентских законов, то они в известном смысле даже превышают юридическую силу последних. Решения Конституционного суда относительно конституционности или неконституционности законов определяют судьбу этих нормативно-правовых актов и обязательны для всех без исключения государственных органов, в том числе для судов.

Система права Германии отражает ее федеративный характер. Она складывается из норм, составляющих содержание нормативных актов, издаваемых на уровне федерации, а также государственными органами земель. Согласно Конституции ФРГ (ст. 31) «федеральное право имеет перевес над правом земель».

§4. Особенности правовой системы Франции¹

Современная правовая система Франции определилась в период Великой Французской революции 1789–1794 гг. и в последующие за ней десятилетия. Среди важнейших правовых документов той эпохи, которые обусловили процесс становления и развития правовой системы Франции, были Декларация прав человека и гражданина 1789 г., конституционные акты периода Великой Французской революции, Гражданский кодекс 1804 г. (Кодекс Наполеона), Гражданский процессуальный кодекс 1806 г., Торговый кодекс 1807 г., Уголовно-процессуальный кодекс 1808 г. и Уголовный кодекс 1810 г.²

¹ См.: Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения. – М.: ООО «Городец-издат», 2002. – С. 499-502.

² См.: Решетников Ф.М. Указ. соч. С. 200-203.

В адаптированном виде большинство из них и поныне оказывает огромное влияние на правовую систему Франции. В особенности это касается Декларации прав человека и гражданина, а также Гражданского, Торгового и Уголовного кодексов. Важное значение для процесса регулирования общественных отношений имеют Трудовой и иные кодексы. Их существование и реализация содержащихся в них требований свидетельствуют о справедливости утверждения, что Франция – это страна классической кодификации.

Среди источников современного французского права центральное место занимают конституционные акты, в первую очередь сама Конституция. Принятая в 1958 г., она сохраняет свою юридическую силу и поныне. Одной из специфических особенностей Конституции Франции является то, что она не только закрепляет традиционные для такого рода актов общественные отношения, но и тем самым ограничивает область законодательной деятельности парламента.

Подразделяя существующие законы на виды, Конституция Франции предусматривает, в частности, что: а) финансовые законы определяют доходы и расходы государства; б) программные законы закрепляют цели экономической и социальной деятельности государства; в) органические законы определяют порядок деятельности парламента, включая число членов каждой из его палат, условия и порядок их избрания, а также «условия замещения вакантных мест депутатов или сенаторов вплоть до полного или частичного обновления соответствующей палаты» (ст. 25). Органическим законом могут уточняться и дополняться положения, содержащиеся в ст. 34 Конституции, а также положения некоторых других статей, касающиеся Конституционного Советами др.

Таким образом, устанавливая классификацию соответствующих законов и определяя конкретные сферы приложения каждого из них, Конституция Франции тем самым достаточно четко очерчивает сферу законодательной деятельности парламента, ограничивая ее кругом определенных вопросов, и в то же время открывает никак не очерченные в конституционном порядке широкие возможности правового регулирования с помощью актов, издаваемых исполнительными и иными государственными органами. Все вопросы, не входящие в

область законодательства, говорится в связи с этим в п. 1 ст. 37 Конституции, «решаются в административном порядке» соответствующими нормативно-правовыми актами.

Среди такого рода актов весьма значительную роль выполняют ордонансы. Они являются актами Совета министров – правительства Франции, издаваемыми с разрешения парламента и после дачи заключения Государственным Советом – особым государственным органом. Ордонансы регулируют отношения, обычно регулируемые законом. В течение определенного срока они утверждаются парламентом, после чего приобретают силу закона. Их изменение или отмена возможны лишь другим законом. Юридическую силу ордонансы приобретают согласно Конституции сразу же после их опубликования, но теряют силу, если законопроект об их утверждении не внесен в парламент «до истечения срока, указанного законом, разрешившим их издание» (п. 2 ст. 38).

Ордонансы – акты делегированного законодательства. Сразу же после принятия Конституции данные акты рассматривались скорее как исключительные меры, принимаемые при всякого рода социальных и иных потрясениях, при чрезвычайных обстоятельствах. Позднее они стали широко использоваться как обычные меры управления страной. Широкое применение ордонансов вызвало тенденцию постепенного размывания границ между актами парламента и актами правительственных органов.

Важное место в системе источников права Франции наряду с законами и ордонансами занимают правительственные декреты. Некоторые из них могут быть приняты непосредственно самим правительством, однако только после заключения Конституционного Совета – органа конституционного контроля, одной из функций которого является решение вопроса о конституционности или неконституционности принимаемых актов. Некоторые же декреты издаются президентом страны без предварительных обсуждений в правительстве и без каких бы то ни было заключений. Регулятивная роль декретов в значительной мере дополняется соответствующей ролью нормативных актов (постановлений,

инструкций, циркуляров, уведомлений), издаваемых другими исполнительно-распорядительными органами.

Среди источников французского права следует обратить внимание на правовые обычаи, имеющие определенное значение, особенно в области торговли, и на судебную практику. Согласно существующей во Франции доктрине судебные решения, хотя они и не относятся к первичным или основным источникам права, в практической жизни страны, в повседневном регулировании общественных отношений играют далеко не последнюю роль. В особенности это касается решений Кассационного суда, которые нередко служат общим ориентиром для судебной практики. Это, как правило, случается тогда, когда по обсуждаемым и решаемым вопросам имеются пробелы в законодательстве.

Список рекомендуемой литературы:

Аннерс Э. История европейского права / Э. Аннерс; РАН, Ин-т Европы; Швед. королев. акад. наук; Пер. со швед.: Р.Л. Валинский и др.; Отв. ред. В.Н.Шенаев. – М.: Наука, 1999. – 395 с.

Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования: Пер. с англ. / Г. Дж. Берман. – М.: Изд-во Моск. ун-та, 1994. – 591 с.

Гудошников Л.М. Административное право зарубежных стран: учебное пособие / Л.М.Гудошников; Под ред. А.Н. Козырина; Моск. гос. ин-т междунар. отношений. – М.: Спарк, 1996. – 229 с.

Гражданское и торговое право зарубежных стран: учеб. пособие для студентов вузов, обучающихся по направлению 521400 «Юриспруденция» и спец. 021100 «Юриспруденция» / под общ. ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского. – Москва: МЦФЭР, 2004. – 894 с.

Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид; Пер. с фр. и вступ. ст. В.А. Туманова. – М.: Прогресс, 1988. – 496 с.

Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози; Пер. с фр. В.А.Туманова. – М.: Междунар. отношения, 2009. – 456 с.

Испания. Конституция и законодательные акты: Пер. с исп. / Составление В.А. Савина; Под ред. Н.Н. Разумовича. – М.: Прогресс, 1982. – 352 с.

Колибаб А. Источники административного права Италии / А. Колибаб // Государство и право. – 1994. – № 7. – С. 160-165.

Малько А.В. Сравнительное правоведение: учебно-методический комплекс / А.В. Малько, А.Ю. Саломатин. – М.: Норма, 2008. – 352 с.

Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения / М.Н. Марченко. – М.: ООО «Городец-издат», 2002. – 1068 с.

Марченко М.Н. Источники романо-германского права: понятие, виды, классификация / М.Н. Марченко // Вестник Московского университета. Сер.11, Право. – 2000. – № 2. – С. 14-28.

Основные институты гражданского права зарубежных стран: Сравн. - правовое исслед. / Залесский В.В., Авилов Г.Е., Вильданова М.М. и др.; Рук. авт. коллектива В.В.Залесский; Ин-т законодательства и сравн. правоведения при Правительстве РФ. – М.: НОРМА, 2000. – 645 с.

Пилипенко А.Н. Классификация и систематизация законодательства Франции / А.Н. Пилипенко // Журнал российского права. – 2001. – №9. – С. 109-125.

Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / Решетников Ф.М., Батлер У.Э., Бойцова В.В. и др.; Отв. ред. А.Я. Сухарев. – М.: НОРМА. Издат. группа «НОРМА - ИНФРА-М», 2000. – 833 с.

Решетников Ф.М. Правовые системы стран мира: Справочник / Ф.М. Решетников. – М.: Юридическая литература, 1993. – 255 с.

Саидов А.Х. Введение в основные правовые системы современности / А.Х. Саидов; АН УзССР, Ин-т философии и права. – Ташкент: Фан, 1988. – 217 с.

Саидов А.Х. Сравнительное правоведение и юридическая география мира / А.Х. Саидов; РАН, Ин-т государства и права. – М., 1993. – 148 с.

Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / А.Х. Саидов; отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – 510с.

Судебные системы западных государств / Ю.П. Урьяс, В.А. Туманов, С.А. Егоров и др.; Отв. ред. В.А. Туманов; АН СССР, Ин-т государства и права. – М.: Наука, 1991. – 238 с.

Французская республика. Конституция и законодательные акты: Сборник: Пер. с фр. / Сост. В.В. Маклаков, В.Л. Энтин; Под ред. и со вступ. ст. В.А.Туманова. – М.: Прогресс, 1989. – 446 с.

Федеративная Республика Германия. Конституция и законодательные акты: Сборник: Пер. с нем. / Составитель Т. Г. Морщакова; Под ред. и с вступ. ст. Ю.П. Урьяса. – М.: Прогресс, 1991. – 469 с.

Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2т. Т.1, Основы: Пер. с нем. / К.Цвайгерт, Х. Кётц. – М.: Международные отношения, 1998. – 479 с.

Глава 5. Скандинавские правовые системы

§ 1. Место скандинавских правовых систем на правовой карте мира

Правовые системы стран Северной Европы – Швеции, Норвегии, Дании, Исландии, Финляндии весьма близки правовым системам стран романо-германской правовой семьи. Однако место скандинавских правовых систем на правовой карте мира оценивается неоднозначно.

В частности, большая часть ученых полагает, что правовые системы стран Северной Европы образуют особую подгруппу романо-германской правовой семьи. Решающими аргументами в пользу родства с классическим романо-германским правом выступают использование в странах Северной Европы понятий и конструкций романо-германского права, учет скандинавскими правовыми системами принципа верховенства закона, а также более абстрактный, нежели в англо-саксонской правовой семье, характер нормы права¹.

Некоторые скандинавские юристы настаивают на «промежуточном» положении скандинавского права. В частности, шведский юрист А. Мальмстрём

¹ Подробнее об этом см.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – С.272-273.

помещает его между романо-германским и общим правом. Другой скандинавский юрист – Ф. Шмидт разделяет эту позицию и ссылается на то, что европейское континентальное право более догматично по сравнению с правовыми системами Скандинавских стран, а англо-американское право более прагматично. Некоторые юристы относят право стран Северной Европы к «третьей системе» западного права¹. Также стоит помнить, что К. Цвайгерт и Х. Кётц выделяют северную правовую семью².

Наиболее привлекательной является точка зрения, согласно которой правовые системы скандинавских стран образуют особую подгруппу в рамках романо-германской правовой семьи.

§ 2. История развития и особенности скандинавских правовых систем

Правильная оценка места скандинавских правовых систем на правовой карте мира обуславливает необходимость анализа истории развития и особенностей скандинавского права.

Историческое развитие скандинавского общества характеризовала наличие свободных крестьян, широкое использование демократических форм учета интересов различных слоев общества в рамках церковного прихода. Имело место раннее становление централизованного государства и унифицированного права³.

Общей исторической основой права скандинавских государств служит старогерманское право. Начиная с XII века нормы этого права вносятся в многочисленные земельные, а позднее и городские законы. В Швеции в XIV веке удалось объединить право отдельных местностей в единое земельное право, а право народов – в единое городское; право. В течение XVII-XVIII веков в Дании и Швеции удалось после кропотливой подготовительной работы издать всеобъемлющие кодексы, благодаря чему в обеих странах было унифицировано

¹ См.: Там же. – С. 273.

² См.: Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х тт. - Т.1. Основы: Пер. с нем. - М.: Международные отношения, 1998. – С.413-426.

³ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юрист, 2007. – С.274.

гражданское, уголовное и процессуальное право. В Дании это был Danske Lov короля Христиана 1683 года, который вступил в силу в Норвегии под названием Norske Lov в 1687 году. Он разбит на шесть книг. В первой речь идет о судопроизводстве, во второй – о церкви, в третьей – о светских сословиях, торговле и семейном праве, в четвертой – о морском праве, в пятой – об остальном вещном праве и наследственном праве и, наконец, в шестой – об уголовном праве. Шведский кодекс 1734 года имеет более сложную структуру. Он состоит из девяти разделов. Первые пять из них посвящены гражданскому праву, в частности семейному, наследственному, земельному, строительному, обязательственному и договорному. В шведском кодексе было всего 1300 параграфов. Оба кодекса написаны простым, ясным и народным языком, здесь отказались от теоретических обобщений и создания поучающих понятий в том виде, в каком они энергично внедрялись на Европейском континенте в XVIII веке систематиками естественного права¹.

При этом были сохранены связи между шведским и датским правом с одной стороны и континентально-европейским правом с другой. Именно в XVII веке установились тесные – связи между Швецией и правовой наукой континентальной Европы. Стало обычной практикой, особенно для молодых людей, стремящихся сделать чиновничью или судейскую карьеру в Швеции, получать юридическое образование в обычном праве в университетах протестантской Германии, а позднее все чаще в университетах Уппсалы и Лунда².

Оба кодекса составили основу для развития двух ветвей скандинавского права – датской и шведской. Последующие попытки систематизации законодательства, призванные изменить структуру скандинавского права, успеха не имели (в первой половине XIX в. обсуждалась идея принятия закона по образцу Французского Гражданского Кодекса, но идея провалилась)³.

¹ Подробнее см.: Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х тт. - Т.1. Основы: Пер. с нем. - М.: Международные отношения, 1998. – С.416-417.

² См.: Там же – С. 417.

³ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юрист, 2007. – С.276.

Ни датско-норвежский кодекс 1683-1687 годов, ни шведский кодекс 1734 года официально не отменены и по сей день, хотя, конечно, многие их нормы в связи с изменившимися реалиями устарели или были заменены путем принятия новых законов¹. Например, содержание Шведского свода законов 1734г. подверглось переработке: в 1920г. был принят новый раздел о браке; в 1948г. – раздел о судебном разбирательстве, в 1970г. полностью обновлен раздел о недвижимости и т.д. Многие отрасли шведского законодательства не охватываются законом 1734г. Это трудовое, акционерное законодательство, часть административного законодательства, законодательство об охране промышленной собственности т.д. Речь идет о тех отраслях, что появились во второй половине XIXв. и позже².

Скандинавские правовые системы схожи не только в силу исторического развития. Огромное значение здесь приобретает унификация скандинавского права, начало которому было положено в 1872г. на съезде скандинавских юристов. В основном сотрудничество проводилось в сфере частного права, прежде всего, в области торгового права (законы о торговых знаках, торговых реестрах, фирмах и т.д.) Попытки создать единый Скандинавский гражданский кодекс успеха не имели. В сфере гражданского права унификация затронула отдельные институты права собственности и обязательственного права. В частности, важным результатом сотрудничества Скандинавских стран явился закон о договорах и других законных операциях в праве собственности и обязательственном праве. В Швеции, Дании и Норвегии он вступил в силу в период с 1915 по 1918г., а в Финляндии – в 1929г. На основе этого и ряда других законов сложилось, по сути, единое договорное право³.

Активное сближение скандинавских правовых систем имеет место и в семейном праве. Причем многие правовые нормы в северных странах были

¹ См.: Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х тт. - Т.1. Основы: Пер. с нем. - М.: Международные отношения, 1998. – С. 418.

² См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юрист, 2007. – С.277.

³ Подробнее см.: Там же – С.278-279.

введены раньше, чем в континентальной Европе (равенство супругов, уравнивание в правах детей, рожденных в браке и вне брака и т.д.)¹

Правовые системы скандинавских стран отличаются следующими особенностями:

1. Отсутствие деления права на публичное и частное, а также на отрасли;
2. Как правило, отсутствие кодексов, систематизирующих отдельные отрасли права;
3. Высокая роль судебной практики в системе источников права;
4. Отсутствие длительное время правовых норм с высокой степенью обобщения;
5. В правовой доктрине Скандинавских стран преобладают американские концепции школы правового реализма, а методы образования после второй мировой войны сильно напоминают американскую систему².

§ 3. Источники права и судебные системы в скандинавских правовых системах

Источники права в скандинавских правовых системах выглядят следующим образом.

Несмотря на их обособленное положение в рамках романо-германской правовой семьи ведущим источником права является закон. Однако, например, в Швеции отсутствует систематизированное законодательство и присутствует огромное количество детально разработанных норм, что впрочем, не мешает многим шведским юристам настаивать на верховенстве закона. При этом шведское законодательство в основном не кодифицировано. Единственный способ систематизации это порядковая нумерация актов и их опубликование в «Сборнике шведского законодательства», основанном в 1824г.³

¹ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юрист, 2007. – С.279.

² См.: Там же. – С.282.

³ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юрист, 2007. – С.283.

В шведском праве крайне незначительно количество принципов права и, как следствие, общерегулятивных правовых норм. Тем не менее, в последнее время имеет место тенденция увеличения количества каучуковых норм, дающих возможность широкого судебного усмотрения¹.

Правовой обычай как источник права нельзя оценить однозначно. Например, в Норвегии правовые обычаи занимают важное место в сфере торговли и в механизме конституционно-правового регулирования². В Швеции правовой обычай как источник права подчинен закону. Последний существенно ограничивает роль правовых обычаев. Исключением является торговля и мореплавание. В этих сферах некоторые обычаи имеют приоритет перед законами. Многие торговые правовые обычаи официально публикуются местными торговыми палатами, что значительно облегчает их применение³.

В системе источников скандинавского права значительную роль играет судебная практика. При этом здесь жесткой доктрины судебного прецедента как, например, в английском праве⁴.

Судебная система может быть рассмотрена на примере Швеции. Здесь насчитывается 95 окружных судов, рассматривающих коллегиально гражданские и уголовные дела. Следующая инстанция это шесть апелляционных судов. Главным судом общегражданской юстиции выступает Верховный суд в Стокгольме (насчитывает 16 судей, но дела подсудны коллегии из пяти судей). Существуют и специализированные суды, представляющие собой те же самые общегражданские суды, но в особом составе. Особняком стоит единственный в стране Суд по трудовым спорам в составе семнадцати членов. Наконец существует и административная юстиция. В нее включаются двадцать три районных административных суда, четыре апелляционных административных суда, Верховный административный суд⁵.

¹ См.: Там же.

² См.: Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / Решетников Ф.М., Батлер У.Э., Бойцова В.В. и др.; Отв. ред. А.Я. Сухарев. — М.: НОРМА. Издат. группа "НОРМА - ИНФРА-М", 2000. — С. 481-482.

³ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – С.284.

⁴ См.: Сравнительное правоведение / А.В. Малько, А.Ю. Саломатин. – М.: Норма, 2008. – С. 193.

⁵ См.: Сравнительное правоведение / А.В. Малько, А.Ю. Саломатин. – М.: Норма, 2008. – С. 195.

Список рекомендуемой литературы:

Введение в шведское право: Пер. с англ. / С. Стремхолм, О. Ньюман, С.Ягерскьолд и др.; Отв. ред. Крылов Б.С. – М.: Юридическая литература, 1986. – 335 с.

Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид; Пер. с фр. и вступ. ст. В. А. Туманова. – М.: Прогресс, 1988. – 496 с.

Кузнецова Н.Ф. Уголовный кодекс Швеции: основные черты / Н.Ф. Кузнецова, С.С. Беляев // Вестник Московского университета. Сер.11, Право – 2000. – N5. – С. 54-64.

Лехтинен Л. Права товариществ и акционерных обществ в России и Финляндии. (Сравнительно-правовые аспекты) / Л. Лехтинен // Государство и право. – 1996. – N3. – С.38-45.

Лехтинен Л. Сравнительный анализ: разрешение трудовых споров в Финляндии и в Российской Федерации / Л. Лехтинен // Государство и право. – 2001. – N5. – С. 42-48.

Малько А.В. Сравнительное правоведение: учебно-методический комплекс / А.В. Малько, А.Ю. Саломатин. – М.: Норма, 2008. – 352 с.

Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / Решетников Ф.М., Батлер У.Э., Бойцова В.В. и др.; Отв. ред. А.Я. Сухарев. – М.: НОРМА. Издат. группа «НОРМА - ИНФРА-М», 2000. – 833 с.

Решетников Ф.М. Правовые системы стран мира: Справочник / Ф.М. Решетников. – М.: Юридическая литература, 1993. – 255 с.

Саидов А.Х. Введение в основные правовые системы современности / А.Х. Саидов; АН УзССР, Ин-т философии и права. – Ташкент: Фан, 1988. – 217 с.

Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / А.Х. Саидов; отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – 510с.

Селиверстов В. Пенитенциарная система Финляндии / В. Селиверстов, А.Бриллиантов // Преступление и наказание. – 1996. – N12. – С.22-24.

Содерлунд К. Законы об арбитраже Швеции, Англии и России: сравнительный обзор / К. Содерлунд // Законодательство и экономика. – 2004. – №4. – С. 94-99.

Франке У. Об арбитражной реформе 1999 г. в Швеции: Касательно нового шведского Закона об Арбитраже и нового Регламента Арбитражного Института Торговой Палаты Стокгольма / У. Франке // Московский журнал международного права. – 2001. – №1. – С. 340-363

Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2т. Т.1, Основы: Пер. с нем. / К. Цвайгерт, Х. Кётц. – М.: Международные отношения, 1998. – 479 с.

Глава 6. Латиноамериканские правовые системы

§ 1. История развития и характерные черты правовых систем стран Латинской Америки

Правовые системы стран Латинской Америки составляют особую подгруппу романо-германской правовой семьи. Колонизация южной и центральной Америки осуществлялась преимущественно Испанией и Португалией, то есть государствами, входящими в романо-германскую правовую семью.

Латиноамериканские государства обладают схожими социально-экономическими, политическими и правовыми чертами. По мнению некоторых отечественных исследователей, это позволяет говорить об общей модели латиноамериканского права (за исключением, например, Кубы)¹.

Принадлежность латиноамериканских правовых систем к романо-германской правовой семье обуславливается наличием ряда классических признаков романо-германского права. Система права имеет отраслевое деление, а норма права обладает абстрактным характером. Право латиноамериканских го-

¹ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – С. 287.

сударств является кодифицированным, причем кодексы построены по классическим европейским образцам¹.

Основу колониального права в Латинской Америке составляло феодальное право Испании и Португалии. При этом право колоний, равно как и право метрополий было крайне запутанным. Многие источники кастильского права, а также права, действовавшего в колониях, восходили к римскому праву и законодательству вестготов (например, сборник «Фуэро Хузго» составленный еще в VII в.) Существовали «Семь партид» 1263г. Помимо этого были составленные при Филиппе II девятитомное собрание законов – «Новый свод» 1567г. а также римское и каноническое право. В колониях также действовали многочисленные королевские седулы, статуты, ордонансы, конституции, приказы, декреты, рескрипты, прагматики и т.д. Испанские и португальские власти санкционировали некоторые правовые обычаи индейцев. Наконец, были предприняты меры по официальной систематизации колониального права («Свод законов королевства Индий» 1680г.) а также принятия новых законов (Ордонансы о торговле Бильбао 1737г., Регламент о свободной торговле 1778г. и т.д.)².

Все вышесказанное говорит о том, что колониальное право стран Латинской Америки, во-первых, было очень противоречивым, а, во-вторых, не было полностью приспособлено к регулированию новых буржуазных отношений.

Колониальное испанское и португальское право нуждалось в обновлении. Поэтому, когда встал вопрос о кодификации, выбор на французское право, получившее качественно новое развитие в ходе Великой французской революции. Испанское право не подходило, поскольку, как указывалось ранее, оно отличалось разнородностью и раздробленностью.

Преемственность между французским и латиноамериканским правом протекала на общем идеологическом фоне политико-правовых учений эпохи

¹ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юрист, 2007. – С. 288.

² См.: Жидков О.А. Избранные труды / отв. ред. Г.И. Муромцев, Е.Н. Трикоз. – М.: Норма, 2006. – С.273-277.

Просвещения, оказавших влияние на революционные силы латиноамериканских государств¹.

Вместе с тем, кодификация частного права стран Латинской Америки опиралась не только на французские, но и иные источники права. Так, Гражданский Кодекс Чили 1855г. сочетал в себе источники права Франции, традиционные институты римского права, некоторые категории испанского права, в частности положения «Семикнижья», нормы Австрийского гражданского уложения 1811 г., Гражданские кодексы Голландии, Сардинии, Сицилии, а также идеи Савиньи. При этом структура Чилийского ГК считается более совершенной, нежели структура Кодекса Наполеона². Чилийский Гражданский Кодекс послужил образцом для ГК Эквадора, Колумбии, Сальвадора, Панамы и ряда других государств³.

В дальнейшем были кодифицированы и иные отрасли права. Однако уже в XXв. французское юридическое влияние, особенно в сфере торгового права уменьшилось. Латиноамериканские законодатели стали чаще обращаться к итальянскому, немецкому и швейцарскому законодательству. В отдельных случаях использовались правовые модели англо-американского права (например, институт доверительной собственности)⁴.

Гражданский кодекс Бразилии вступил в силу 1 января 1917г.⁵ Его источниками помимо Кодекса Наполеона служили португальский и итальянский гражданские кодексы, а также ГГУ и Швейцарский ГК. О значительном германском влиянии свидетельствует то, что в структуре ГК Бразилии присутствовала «общая часть»⁶.

¹ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юрист, 2007. – С.288.

² См.: Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / Решетников Ф.М., Батлер У.Э., Бойцова В.В. и др.; Отв. ред. А.Я. Сухарев. - М.: НОРМА. Издат. группа «НОРМА - ИНФРА-М», 2000. - С. 747.

³ См.: Сравнительное правоведение / А.В. Малько, А.Ю. Саломатин. – М.: Норма, 2008. – С. 276.

⁴ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юрист, 2007. – С.289.

⁵ См.: Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / Решетников Ф.М., Батлер У.Э., Бойцова В.В. и др.; Отв. ред. А.Я. Сухарев. — М.: НОРМА. Издат. группа «НОРМА - ИНФРА-М», 2000. - С. 98.

⁶ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юрист, 2007. – С. 289.

К романо-германской правовой семье относятся и те страны, которые географически близки к США (например, Мексика).

В области частного права правовые системы стран Латинской Америки можно объединить в две группы. К первой можно отнести те правовые системы, которые полностью восприняли Кодекс Наполеона, ограничившись лишь его переводом. Это ГК Гаити 1825г., ГК Боливии 1830г. и 1875г., ГК Доминиканской республики 1845г. и 1884г. и с рядом оговорок мексиканские гражданские кодексы (1870г., 1884г., 1928г., 1932г.) Вторую группу составляют ГК Чили 1855г. и ГК Аргентины 1869г., которые, несмотря на значительные заимствования ФГК, представляют собой вполне самостоятельные законы¹.

В Латинской Америке кодифицировано не только частное, но и публичное, в частности, уголовное право. Например, в Чили принят один из наиболее старых и действующих ныне Уголовных кодексов – УК 1874г. При его создании также учитывался уголовно-правовой опыт континентальных европейских стран – Испании, Франции, Бельгии, Австрии².

Основное отличие латиноамериканского права от романо-германского права имеет место в сфере публичного права, прежде всего, в рамках конституционного права. Последнее испытало сильное влияние конституции США. Латиноамериканские государства, как правило, заимствовали у США президентскую форму правления и ряд других конституционных институтов³.

Стоит отметить, что нестабильность политических систем стран Латинской Америки повлияла на значительную роль делегированного законодательства. Это связано с тем, что длительные периоды правления военных сводили на нет нормальную законодательную деятельность⁴.

Политические особенности повлияли на развитие права и XXв. Так, в Бразилии в период авторитарно-полицейского правления президента Ж. Варга-

¹ См.: Там же. – С.290.

² См.: Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / Решетников Ф.М., Батлер У.Э., Бойцова В.В. и др.; Отв. ред. А.Я. Сухарев. - М.: НОРМА. Издат. группа «НОРМА - ИНФРА-М», 2000. - С. 750.

³ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юрист, 2007. – С.290-291.

⁴ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юрист, 2007. – С.290.

са (1930-1945гг.) власти обратились к концепции итальянского фашистского корпоративного государства с формально равным представительством в профсоюзах рабочих и предпринимателей. Курс на строительство «нового государства» сопровождался поощрением национальной промышленности, ограничением иностранного капитала и принятием трудового законодательства – впервые в истории страны¹.

В Аргентине в период правления Х.Д. Перона (1946-1955гг.), представлявшего интересы национальной буржуазии в ее противостоянии с консервативной земельной олигархией, ориентированной на подчинение западному капиталу, был осуществлен прорыв в области трудового права². Была введена письменная форма трудового договора, установлена ответственность за невыплату заработной платы³.

Особое значение в правовых системах стран Латинской Америки приобретает земельное законодательство. В частности, в Мексике после революции 1917г. постепенно ограничивались крупные латифундии и всячески поощрялись общинные землевладения⁴. Однако последние не были приспособлены к новым капиталистическим отношениям. В конце XXв. мексиканское аграрное законодательство подверглось либерализации. Закон 1992г. легализовал различные категории юридических лиц в сельском хозяйстве. Члены общины получили возможность передавать землю во временное пользование или в аренду третьим лицам без разрешения общего собрания или административных органов⁵.

В других латиноамериканских государствах аграрные реформы не были столь последовательны как в Мексике. Например, в Перу, где не было революции как в Мексике, ограничение крупной земельной собственности и запрет дробления крестьянских участков был предусмотрен лишь законом 1969г. При

¹ Подробнее см.: Сравнительное правоведение / А.В. Малько, А.Ю. Саломатин. – М.: Норма, 2008. – С. 277.

² См.: Там же. – С.278.

³ См.: Ермаков Д.Н. Законотворческая деятельность администрации президента Аргентины Х.Д. Перона // Государство и право. – 2003.- № 6. – С.79.

⁴ Подробнее см.: Безбах В.В. Право собственности на землю в странах Латинской Америки. – М.: Изд-во Ун-та дружбы народов, 1989. – С.63, 66-72.

⁵ См.: Сравнительное правоведение / А.В. Малько, А.Ю. Саломатин. – М.: Норма, 2008. – С.279.

этом уже в 1975г. аграрная реформа была свернута, успев затронуть лишь 38% земель¹.

§ 2. Источники права и судебные системы в странах Латинской Америки

Помимо законов и подзаконных нормативных правовых актов в странах Латинской Америки существуют и иные источники права. В частности, правовой обычай, роль которого различна. В Аргентине она больше, а в Уругвае меньше. Но в целом это субсидиарный источник права. Несмотря на то, что латиноамериканские государства в значительной степени заимствовали у США принципы построения и функционирования судебной системы, стоит отметить, что судебная практика не рассматривается здесь как основной источник права².

Судебная система латиноамериканских государств испытала сильное влияние США. В частности, в Бразилии, как и в США, судебная система представлена судами двух уровней: уровня федерации и уровня штатов. Федеральным судам подсудны дела, связанные с заинтересованностью федеративного союза, правонарушениями, затрагивающими федеративную собственность, международными вопросами, а также правами индейцев. Конституция Бразилии 1988г. учредила Высший суд правосудия, призванный разгрузить Федеральный верховный суд. Последний состоит из 11 членов и осуществляет преимущественно конституционный контроль, а также рассматривает уголовные дела, возбужденные в отношении высших лиц государства. Высший суд правосудия является апелляционной инстанцией и судом в отношении губернаторов и судей среднего уровня. Нижестоящими по отношению к нему инстанциями выступают федеральные региональные трибуналы, федеральные судьи и учрежденные в 2001г. федеральные суды по мелким искам (с суммой иска до 60 размеров минимальной ежемесячной зарплаты или по правонарушениями, наказываемым на срок до двух лет лишения свободы или штрафом). К специализированным

¹ См.: Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / Решетников Ф.М., Батлер У.Э., Бойцова В.В. и др.; Отв. ред. А.Я. Сухарев. — М.: НОРМА. Издат. группа "НОРМА - ИНФРА-М", 2000. — С. 510.

² См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – С.290.

федеральным судам относят суды по трудовым спорам, избирательные суды и военные суды¹.

Судебные системы штатов Бразилии в отличие от аналогичных судов США построены более или менее единообразно. Они включают в себя суды правосудия, суды первой инстанции, суды присяжных и суды по мелким искам. Мировые суды, находящиеся в основании судебной пирамиды, не являются судами в полном смысле этого слова: за ними зарезервированы полномочия по бракосочетанию и примирительные функции².

Список рекомендуемой литературы:

Безбах В.В. Право собственности на землю в странах Латинской Америки: (Проблемы регламентации и преобразований) / В.В. Безбах; Гос. ком. СССР по нар. образованию. – М.: Изд-во Ун-та дружбы народов, 1989. – 142 с.

Государственно-правовые проблемы стран Латинской Америки: Сб. науч. тр. / Гос. ком. СССР по нар. образованию; Редкол.: О.А. Жидков (отв. ред.) и др. – М.: Изд-во Ун-та дружбы народов, 1988. – 134 с.

Доронина Н.Г. Унификация права стран Латинской Америки / Н.Г. Доронина // Законодательство и экономика. – 2002. – №10. – С.73-85.

Жидков О.А. Избранные труды / О.А. Жидков; отв. ред. Г.И. Муромцев, Е.Н. Трикоз. – М.: Норма, 2006. – 608 с.

Жидков О.А. История государства и права стран Латинской Америки / О.А. Жидков – М.: Наука, 1967. – 175 с.

Малько А.В. Сравнительное правоведение: учебно-методический комплекс / А.В. Малько, А.Ю. Саломатин. – М.: Норма, 2008. – 352 с.

Политические и правовые системы стран Азии, Африки и Латинской Америки: Сб. науч. тр. / Ун-т дружбы народов им. Патриса Лумумбы; Отв. ред. и авт. предисл. О. А. Жидков. – М.: УДН, 1983. – 169 с.

¹ См.: Сравнительное правоведение / А.В. Малько, А.Ю. Саломатин. – М.: Норма, 2008. – С. 280-281.

² См.: Там же. – С.281.

Правовое регулирование аграрных отношений в странах Латинской Америки: Сб. нормат. актов / М-во высш. и сред. спец. образования СССР; Сост., отв. ред. В. В. Безбах. – М.: Изд-во Ун-та дружбы народов, 1987. – 96 с.

Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / Решетников Ф.М., Батлер У.Э., Бойцова В.В. и др.; Отв. ред. А.Я. Сухарев. – М.: НОРМА. Издат. группа «НОРМА - ИНФРА-М», 2000. – 833 с.

Саидов А.Х. Сравнительное правоведение и юридическая география мира / А.Х. Саидов; РАН, Ин-т государства и права. – М., 1993. – 148 с.

Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / А.Х. Саидов; отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – 510с.

Чиркин В.Е. Формы государства в буржуазных странах Латинской Америки / В.Е. Чиркин, А.А. Тихонов, С. В. Рябов. – М.: Наука, 1982. – 193 с.

Шебанова Н.А. Правовое регулирование деятельности предприятий с участием иностранного капитала в странах Латинской Америки / Н.А. Шебанова // Советское государство и право. – 1989. – N 5. – С.122-127.

Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2т. Т.1, Основы: Пер. с нем. / К. Цвайгерт, Х. Кётц. – М.: Международные отношения, 1998. – 479 с.

Глава 7. Англосаксонская правовая семья

§ 1. Понятие и общая характеристика англосаксонской правовой семьи

Англосаксонская (англо-американская¹) правовая семья является одной из распространенных правовых семей современности. В настоящее время под воздействием правовых норм, доктрин семьи общего права находится почти треть населения земного шара. В течение длительного времени общее право действует на территории Англии, США, Канады, Австралии, Новой Зеландии,

¹ Термин англо-американская правовая семья используют немецкие ученые К. Цвайгерт и Х. Кётц. См.: Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х тт. - Т.1. Основы: Пер. с нем. - М.: Международные отношения, 1998. – С.272.

Индии и целого ряда других государств. Рост англосаксонской правовой семьи продолжался все последние столетия, чему в немалой степени способствовала мировая экспансия Британской империи¹.

Стоит помнить, что английское право ограничивается Англией и Уэльсом. Шотландия, Северная Ирландия, острова Ла-Манша и остров Мэн не подчиняются английскому праву². При этом английское право является исторической основой развития англосаксонской правовой семьи.

Помимо термина «английское право», также используют категорию «англосаксонское право». Однако его употребление представляется неточным с позиции истории государства и права. Дело в том, что термин «англосаксонское право» применим только к определенному периоду эволюции английского государства и права³. Также иногда для характеристики англосаксонской правовой семьи используют понятие «общее право». Однако его употребление также неоднозначно. В узком смысле общее право это право английских королевских судов, а в широком смысле это право всей рассматриваемой правовой семьи⁴.

Для удобства рассмотрения данной темы можно исходить из того что понятия «общее право», «английской право», «англосаксонское право» в широком смысле этих слов могут использоваться как синонимы. В узком смысле каждый из этих терминов сохраняет свое оригинальное значение.

В англо-американской правовой семье следует различать две группы: английское право и право США. В группу английского права входит Англия, Канада (кроме Квебека), Австралия, Новая Зеландия право бывших колоний Британской империи⁵.

¹ См.: Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения. – М.: ООО «Городец-издат», 2002. – С.615.

² См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - С.222.

³ См.: Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения. – М.: ООО «Городец-издат», 2002. – С.616; Об истории английского права см.: Аннерс Э. История европейского права. - М.: Наука, 1996. – С.194-203.

⁴ См.: Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х тт. - Т.1. Основы: Пер. с нем. - М.: Международные отношения, 1998. – С.285.

⁵ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юрист, 2007. – С.341-342.

§ 2. История развития англосаксонской правовой семьи

При изучении англосаксонской правовой семьи необходимо изучить историю ее развития. Без этого невозможно понять ее особенности и уяснить систему источников права.

По мнению Р. Давида и К. Жоффре-Спинози, в истории английского права можно выделить четыре периода¹.

Первый период – период формирования предпосылок возникновения общего права – хронологически исчисляется до 1066 года. Данный этап собственно и называется англосаксонским и характеризует его наличие огромного числа обычаев варварских племен германского происхождения (саксов, англов, ют, датчан). Общее для всех право отсутствовало. Право в данную эпоху носило преимущественно неписаный и неупорядоченный характер. В этот период не прослеживается сколь либо значимое римское влияние, хотя римские легионы находились на территории Британии продолжительное время².

После принятия христианства законы составлялись также как и в континентальной Европе, с той лишь разницей, что писались не на латыни, а на англосаксонском языке. В современном понимании они регулировали очень небольшой круг общественных отношений. Например, Законы Этельберта, составленные около 600 года включают всего 90 коротких фраз. Законы датского короля Канута, составленные четырьмя веками позже уже более разработаны. Однако до норманнского завоевания общего права для всей Англии не было³.

Второй период в истории развития общего права исчисляется с 1066 года и до 1485 года (прихода к власти Тюдоров). Вильгельм Завоеватель, претендуя на господство не столько в силу завоевателя, сколько в силу наследственного права, придавал значение сохранению после 1066 года англосаксонского права. При этом норманнское завоевание принесло сильную централизованную

¹ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - С.223.

² См.: Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения. – М.: ООО «Городец-издат», 2002. – С.636-637.

³ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - С.224.

власть, богатую опытом административного управления, испытанного в герцогстве Нормандия¹.

Появление общего права было подчинено определенной логике. Иностранная оккупация Англии, господство норманнских феодалов в презираемой ими и чуждой для них стране, где французский язык несколько столетий оставался придворным, а латинский церковным языком – все это требовало создания сильного централизованного государства. Политика английского короля строилась таким образом, чтобы не допустить феодальной раздробленности. В частности, большая часть конфискованной у английской знати земли вошла в состав королевского домена. Земельные участки распределялись между английскими и норманнским феодалам разрозненными участками, что мешало объединению усилий феодалов в противостоянии королевской власти. При этом английский король был объявлен верховным собственником всей земли, что делало всех феодалов вассалами короля, обязанными ему, прежде всего, военной службой².

Усилению королевской власти способствовало и укрепление королевского правосудия. Произошло это не сразу. После норманнского завоевания споры передавались в самые различные суды. Король осуществляя «высший суд» и вмешивался в исключительных случаях. Постепенно в XIII в. сложились автономные образования, в том числе наделенные судебной компетенцией комиссии с постоянным местопребыванием в Вестминстере. Компетенция судов утвердилась постепенно. Каждый из трех судов: Суд казначейства, Суд общегражданских исков и Суд королевской скамьи рассматривал только определенные дела, но вскоре разделение компетенции отпало, и каждый из трех королевских судов Вестминстера мог рассматривать все дела, подпадающие под королевскую юрисдикцию³.

Королевские суды были заинтересованы в увеличении количества рассматриваемых дел, учитывая их доходы за рассмотрение дел. К расширению

¹ См: Там же.

² См.: Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения. – М.: ООО «Городец-издат», 2002. – С.641-642.

³ Подробнее см.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - С.226.

судебных полномочий стремился и король. В конце Средних веков королевские суды стали ключевым органом правосудия. Процедура в королевских судах в Вестминстере варьировалась в зависимости от вида иска. В этих условиях главная роль отводилась процессу, в то время как в странах континентальной Европы юристы основное внимание уделяли нормам материального права¹.

Именно в ходе своей эволюции английское право приобрело в большей степени публичный характер. Так, по мнению Р. Давида и К. Жоффре-Спинози, публичный аспект в английском праве проявлялся и специфической технике предписаний, по которым обращались с иском в королевский суд. С технической стороны подобное предписание являлось своеобразным приказом короля своим чиновникам предложить ответчику не нарушать прав и удовлетворить требование истца. Если ответчик отказывался повиноваться, то истец предъявлял ему иск, который рассматривался судом не столько потому, что ответчик возражал против требований истца, сколько в связи с его неповиновением приказу властей. Английский судебный процесс – публичное право, а не частное².

Строгость процедур английского права и необходимость укладываться в их рамки являлись основными причинами, помешавшими рецепции римского права в Англии³.

Королевские суды создали общее право единое для всей страны.

Третий период развития общего права протекал с 1485 года по 1832 год – год проведения судебной реформы в Англии. Этот период характеризуется существованием общего права и права справедливости и началом экспансии общего права за пределы страны⁴.

В литературе данный период порой характеризуется как период появления кризисных тенденций в развитии общего права. Причина усматривалась в чрезмерном расширении компетенции Королевских судов, что мешало им в силу сложности и многочисленности исков своевременно справляться с рассмат-

¹ См.: Там же. – С.227-229.

² См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. – С.233.

³ См.: Там же. – С.234.

⁴ См.: Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения. – М.: ООО «Городец-издат», 2002. – С.647.

риваемыми делами. Свою лепту вносила также чрезмерная сложность и консерватизм самой судебной процедуры¹.

Если в Вестминстерских судах было невозможно рассмотреть спор, то тогда лицо могло обратиться к королю – источнику всех милостей и справедливости. Средневековое мышление допускало обращение к монарху как явление вполне естественное. Эта процедура проходила через Лорда-канцлера. Если он считал целесообразным, то передавал жалобу королю, и тот ставил ее на рассмотрение в своем Совете².

Эти обращения носили вначале исключительный характер, но постепенно они превратились в обычный порядок обжалования решений королевских судов или даже в способ полностью или частично их обойти. После 1529г. Лорд-канцлер все чаще выступал в роли юриста и рассматривал жалобы как судья, применяя при этом процедуру, заимствованную из канонического права и полностью отличающуюся от процедуры судов общего права. Принципы, применяемые Лордом-канцлером, также были в значительной степени заимствованы из римского и канонического права. Этот был момент в истории правовой системы Англии, когда она чуть было не попала в семью правовых систем Европейского континента³.

Постепенно назревал конфликт между судами общего права и судом Лорда-канцлера. Столкновение произошло в 1616г. и король Яков I высказался в пользу канцлерского суда. Были сформулированы следующие правила:

юрисдикция Лорда-канцлера продолжает существовать, но она не должна расширяться за счет судов общего права;

канцлерский суд будет осуществлять юрисдикцию в соответствии с прецедентами права справедливости, сняв тем самым упрек в произвольном решении дел;

¹ См.: Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения. – М.: ООО «Городец-издат», 2002. – С.647.

² См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - С.235.

³ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. – С.235-236.

король не должен больше использовать свою судебную власть для создания новых судов, независимых от судов общего права¹

Право справедливости, создаваемое судом Лорд-канцлера, оказало важное влияние на развитие всего английского права. Лишь судебная реформа 1873-1875гг. и 1880г. упразднила сложившееся разделение судов Англии на суды общего права и права справедливости. Новая структура высших судов предусматривала использование процессуальных норм и той и другой из английских «ветвей» прецедентного права².

Помимо развития общего права и права справедливости в данный период во второй половине XVIIIв. произошло поглощение торгового права общим правом. До этого времени торговое право рассматривалось как международное по своей природе право, действие которого распространялось только на купцов. Однако особая торговая юрисдикция прежних времен утратила с годами свой автономный характер. Поэтому торговое право было интегрировано общим правом, институты торгового права перестали быть привилегией класса коммерсантов³.

Четвертый период развития английского права начался в 1832 году и продолжается вплоть до нынешнего времени. Содержание данного этапа характеризуется активными судебными и правовыми реформами. В результате юристы перенесли акцент с процессуального на материальное право. Большая работа была проведена по расчистке законодательства, освобождению его от архаичных, давно не действующих актов. В результате судебной реформы суды были уравнены в своих правах и получили возможность применять как нормы общего права, так и нормы права справедливости. При этом английское право не лишилось своих традиционных черт. Английское право по-прежнему развивалось с помощью судебной практики⁴.

¹ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - С.237.

² См.: История государства и права зарубежных стран: учебник для вузов: В 2 т. / отв. ред. Н.А. Крашенинникова. - 3-е изд., перераб. и доп. - М.: Норма, 2006. Т.2.: Современная эпоха - С.40-41

³ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - С.238-239.

⁴ См.: Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения. - М.: ООО «Городец-издат», 2002. - С.652.

Тем не менее, в этот период усилилась роль парламента и государственной администрации. Повысилась роль статутного права. В настоящее время английская правовая система сближается с правовыми системами континентальной Европы, что особенно заметно после вступления Великобритании в Европейское сообщество¹.

В конце XXв. были проведены конституционные реформы, имевшие своей целью передачу полномочий парламентам Шотландии и Северной Ирландии, создание Национального собрания в Уэльсе и инкорпорацию Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод в английское право принятием Акта о правах человека 1998г².

В данный период многие бывшие колонии Великобритании стали самостоятельными государствами. Англосаксонская правовая семья стала охватывать большое количество стран.

§ 3. Особенности английского (англосаксонского, общего) права

Краткий обзор эволюции английского права позволил выявить его особенности. Выделим их в отдельности.

Во-первых, английское право в отличие от романо-германского права развивалось не учеными-юристами, не доктринально, а юристами-практиками. Результатом подобного развития явилась качественно иная структура английского права. Оно может показаться неупорядоченным, хаотичным. Для английского права не характерна строгая отраслевая классификация, хотя базовые отрасли здесь получили свое развитие. Более весомы правовые институты. Наиболее развит юридический процесс, на основе которого и развиваются материальные отрасли права³.

Отсутствие резко выраженного деления на отрасли права связано с двумя факторами. В частности, все суды имеют общую юрисдикцию, то есть могут раз-

¹ См.: Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения. – М.: ООО «Городец-издат», 2002. – С. 652-653.

² См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. – М.: Международные отношения, 2009. – С.242.

³ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – С.342.

бирать разные категории дел: публично-правовые и частноправовые. Подобная унифицированная юрисдикция не способствует отраслевой дифференциации. Также необходимо учесть, что в Англии нет отраслевых кодексов европейского типа, английскому юристу право представляется однородным. Английская доктрина не знает дискуссии о структурных делениях права. Здесь право не делится на публичное и частное. Фактически английское право приобрело тройную структуру: общее право – основной источник, право справедливости – дополнение и статутное право – писаное право парламентского происхождения¹.

Во-вторых, английское право не связано в значительной степени с римским частным правом.

Причин слабого влияния римского частного права на общее право можно выделять много, но наиболее важные сводятся к следующему:

римское право преимущественно носило частный характер и не могло быть использовано Вестминстерскими судами, решавшими в пределах своей юрисдикции не частные, а публично-правовые споры;

существование на пути решения вопросов, касающихся норм, институтов, доктрин и принципов римского права в Англии, препятствий в виде несовместимых с римским правом местных традиций и обычаев;

особенности эволюционного развития Англии и ее правовой системы, не вызывающие необходимости выхода за рамки общего права².

В-третьих, нормы общего права, рождались при рассмотрении судами конкретных дел, поэтому они менее абстрактны и рассчитаны на разрешение конкретных споров, а не установление общих правил поведения на будущее. В силу этого для английского права не характерна кодификация³.

В-четвертых, ведущим источником права является судебный прецедент. Нормы права создаются судами при вынесении решений по конкретным делам. При этом нельзя ставить знак равенства между судебным прецедентом и судеб-

¹ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – С.340.

² См.: Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения. – М.: ООО «Городец-издат», 2002. – С.625.

³ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – С.343.

ной практикой. Последняя представляет собой суммарный результат рассмотрения конкретных дел¹. Судебный прецедент создается судебным решением высшей судебной инстанции.

В-пятых, в последнее время законодательство начинает занимать все более важное место в системе источников права англосаксонской правовой семьи. Эта тенденция не снижает роли судебного прецедента. По-прежнему есть правило, согласно которому норма закона приобретает реальный смысл после ее применения в суде².

В-шестых, современное правовое регулирование процесса рассмотрения дел в судах, несмотря на закрепление на уровне закона, разрабатывалось судьями. В частности, в Англии законы об отправлении правосудия разрабатываются специально созданными для этого комитетами, в которые наряду с другими субъектами входят и судьи. Эти правила утверждаются лордом – канцлером и вступают в силу, если их проекты не встречают возражений парламента. Что касается США, то здесь Верховный суд США уполномочен предписывать федеральным судам правила о судопроизводстве, обязательные для районных и апелляционных судов. Эти акты вступают в силу, если после их одобрения Верховным судом США не последует возражения конгресса³.

В-седьмых, научные исследования строятся на подробном анализе существующих прецедентов, что практически делает их комментариями к судебной практике, которыми руководствуются и судьи. Многие научные работы цитируются в судах, несмотря на давность их написания. При этом большое количество книг пишется судьями⁴.

¹ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юрист, 2007. – С.343.

² См.: Там же. – С.344.

³ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юрист, 2007. – С. 344.

⁴ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юрист, 2007. – С. 344.

В-восьмых, для стран англо-саксонской правовой семьи не характерна кодификация. В США есть кодексы, но они представляют собой результат консолидации права. Это отличает их от европейских кодексов¹.

Отсутствие кодексов не означает отсутствие систематизации в целом. Со второй половины XIX в. в Великобритании издаются «Судебные отчеты», где публикуются решения высших судебных инстанций, выступающие в качестве судебных прецедентов при рассмотрении аналогичных дел. Что касается систематизации законодательства, то в Англии это преимущественно консолидация².

В литературе отмечается, что важной особенностью общего права является довольно высокий уровень независимости судебной власти, ее реальная, разносторонне гарантированная самостоятельность как в вопросах своей внутренней жизни, так и отправления правосудия³.

А.Х. Саидов отмечает такую особенность семьи общего права как наличие института присяжных заседателей⁴.

Однако последние две особенности характеризуют любую демократическую и цивилизованную правовую систему. Поэтому сложно говорить о том, что данные свойства в большей степени характерны для англосаксонской правовой семьи.

Наконец, необходимо отметить еще одну особенность. В Англии сохраняет значение старинный обычай, отличающийся многовековой стабильностью и всеобщим признанием. В отсутствие писаной Конституции действуют как конституционные обычаи атрибуты монархического государства, министры рассматриваются как слуги королевы (короля), пожалования и пенсии даются от имени короны⁵.

¹ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – С. 344.

² См.: Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения. – М.: ООО «Городец-издат», 2002. – С.622-623.

³ См.: Там же. – С.629-631.

⁴ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – С.345.

⁵ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – С.345.

§ 4. Источники права в англосаксонской правовой семье

Рассматривая англосаксонскую правовую семью, нельзя не охарактеризовать систему источников права.

Первый источник английского права, который следует охарактеризовать это судебный прецедент. Он создается высшими судебными инстанциями. Поэтому прежде чем перейти к характеристике данного источника права необходимо осветить системы высших судов.

Высшее правосудие осуществляет Верховный суд Англии, в который входят Высокий суд, Суд Короны, Апелляционный суд. Их структура и юрисдикция регулируются актом о Верховном суде 1981г.¹

В Высоком суде существует три отделения: отделение Королевской скамьи, канцлерское отделение, отделение семейных дел. Распределение дел между отделениями связано с практическими соображениями, в целом каждое отделение может рассматривать любое дело, входящее в компетенцию Высокого суда. Суд короны – новое образование, созданное Актами о суде 1971г. Он рассматривает уголовные дела. Апелляционный суд – вторая инстанция в рамках Верховного суда. В этом суде есть коллегия, рассматривающая уголовные дела, и коллегия, рассматривающая гражданские дела.²

Также следует сказать об Апелляционном комитете Палаты лордов, куда могут быть обжалованы решения Апелляционного суда. При этом Палата лордов – это высшая судебная инстанция не только для Англии, но и для всего Соединенного королевства. Судьи Палаты лордов, как таковые, или совместно с судьями заморских территорий образуют Судебный комитет Тайного совета. Здесь рассматриваются жалобы на решения верховных судов британских заморских территорий или государств – членов Содружества. Решения Судебного комитета, основанные на общем праве, обладают тем же авторитетом, что и

¹ См.: История государства и права зарубежных стран: учебник для вузов: В 2 т. / отв. ред. Н.А. Крашенинникова. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Норма, 2006. Т.2.: Современная эпоха – С.53.

² См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - С.274-275.

решения Палаты лордов. И те и другие решения публикуются в одних и тех же сборниках¹.

В иных странах, входящих в англосаксонскую правовую семью, также выделяются высшие судебные инстанции. В Канаде – это Верховный суд Канады и Федеральный суд Канады, заменивший в 1971г. Суд Казначейства. В США – это Верховный суд США, а на уровне штатов – это верховные суды штатов².

Рассмотрев системы высших судебных инстанций можно раскрыть правила применения прецедента. Они сводятся к следующему: 1) решения, вынесенные Палатой лордов, составляют обязательные прецеденты для всех судов, за исключением ее самой; 2) решения, принятые Апелляционным судом, обязательны для всех нижестоящих судов и (кроме уголовного права) для самого этого суда; 3) решения, принятые Высоким судом, обязательны для низших судов и имеют важное значение и обычно используются как руководство различными отделениями Высокого суда и Судом короны, не будучи для них строго обязательными³.

До 1966г. Палата лордов тоже была связана своими прецедентами. После 1966г. Палата лордов на будущее отказалась от этого правила в случаях, когда особые соображения требуют использовать это нововведение в интересах правосудия. В дальнейшем Палата лордов осторожно использовала это правило. Она отрицательно отнеслась к тому, что Апелляционный суд отказался следовать одному из своих решений⁴.

Не является строго обязательным соблюдение правил применения прецедента и для Судебного комитета Тайного совета⁵.

Стоит отметить, что обязывающая сила прецедента основана на доктрине *stare decisis* (стоять на решенном). Судебный прецедент содержит две части: *ratio decidendi* и *obiter dictum*. Первая излагает нормы права, во второй содержит-

¹ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - С.275-276.

² См.: Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения. – М.: ООО «Городец-издат», 2002. – С.664.

³ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - С.283.

⁴ См.: Там же.

⁵ См.: Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения. – М.: ООО «Городец-издат», 2002. – С.669.

ся дополнительная информация, в том числе уточняющие аргументы и рассуждения¹.

Вторым источником английского права также является законодательство.

Законы (в Англии и Канаде статуты) можно понимать как в обычном, так и в широком смысле (включающем все законодательные акты, в том числе акты Короны). В строго юридическом смысле закон понимается современными исследователями англосаксонского права как формальный, в письменном виде оформленный акт, исходящий от высшего законодательного органа страны².

В зависимости от юридической силы законы подразделяются на конституционные и обычные, или текущие. К первым относятся конституции или (если нет писаной конституции) конституционные акты. В Англии таковыми, например, являются акт о Парламенте 1911г., акт о министрах Короны 1975г. В Канаде - Конституционный акт 1982г. Конституционные законы занимают более высокое место в иерархии. В Великобритании в силу отсутствия писаной конституции законы сложно признать неконституционными. Поэтому, чтобы избежать противоречия, в английской правовой системе действует презумпция приоритета более позднего закона над более ранним. Обычные или текущие законы в западной юриспруденции чаще именуют просто законами³.

Существуют и иные классификации. Так, в федеративных государствах законы делятся на федеральные и законы субъектов федерации. В Англии и ряде стран общего права законы делятся на публичные частные. Если публичные законы содержат в себе правила общего характера, то частные законы касаются вполне определенного круга лиц и содержат строго определенные установления. В зависимости от способов систематизации выделяются кодифицированные и консолидированные акты. По временному признаку в Англии выделяются законы, рассчитанные на определенный период времени. Их может продлевать парламент, причем не один раз⁴.

¹ См.: Сравнительное правоведение / А.В. Малько, А.Ю. Саломатин. – М.: Норма, 2008. – С.113.

² См.: Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения. – М.: ООО «Городец-издат», 2002. – С.676-677.

³ См.: Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения. – М.: ООО «Городец-издат», 2002. – С.677-680.

⁴ См.: Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения. – М.: ООО «Городец-издат», 2002. – С.680-684.

По мнению Р. Давида и К. Жоффре-Спинози, в Англии классическая теория видит в законе лишь второстепенный источник права. Созданные парламентом, законы заслуживают полного уважения и должны в точности применяться судьями. Вместе с тем они вносят некоторые исключения в общее право и должны трактоваться ограничительно. Наконец, стоит учесть, что судьи применяют закон. Но норма, которую он содержит, принимается окончательно и инкорпорируется полностью в английское право лишь после того, как она будет неоднократно применена и истолкована судами в той форме и степени, какую установят суды¹.

Под таким источником права как делегированное законодательство понимается система законодательных актов, принятая различными государственными органами на основе полномочий, переданных им парламентом или другими представительными органами².

Выделим особенности делегированного законодательства как источника права в англосаксонской правовой семье. Во-первых, делегированное законодательство издается не высшими законодательными (представительными) органами, но всегда полномочия на такое издание исходят именно от них. В Англии такая возможность обосновывается доктриной верховенства парламента. Во-вторых, полномочия по приятию делегированных актов могут передаваться правительству и иным «субординированным» органам. Происходит это следующими путями. Например, может быть издан специальный закон, наделяющий правительство правом издавать те или иные акты. Также может быть принят рамочный закон (в общих фразах), который должен обрасти соответствующими правительственными актами. Кроме того, полномочия на издание делегированных актов могут передаваться непосредственно «министрам Короны». В-третьих, делегированное законодательство зачастую имеет строго функцио-

¹ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - С.288.

² См.: Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения. – М.: ООО «Городец-издат», 2002. – С.694.

нальный характер. В-четвертых, акты, изданные в порядке делегирования законодательства, подлежат обязательному контролю¹.

В качестве третьего источника английского права рассмотрим правовые обычаи.

Исторически обычное право предшествовало общему праву. При этом английское право не является обычным правом. В настоящее время обычай имеет ограниченное значение в английском праве. Согласно давнему правилу обычай можно считать обязательным лишь в том случае, если он имеет характер старинного обычая. Действующий до сих пор Закон 1265г. уточнил это условие, установив, что старинными считаются обычаи, существовавшие в 1189г. Доказательств такой древности обычая в настоящее время не требуется, но обычай не будет считаться юридически обязательным, если будет доказано, что он не мог существовать в 1189г. Требование, чтобы обычай был старинным, касается местных обычаев, на торговые обычаи оно не распространяется. В этой области главным образом и действуют после поглощения торгового права общим правом юридически обязательные обычаи².

Действующие правовые обычаи Англии можно сгруппировать в три группы:

- 1) местные обычаи,
- 2) обычаи торгового оборота,
- 3) конституционные обычаи³.

Четвертым источником английского права является правовая доктрина. Ее можно рассматривать как научную и философскую теорию, систему идей, взглядов. В странах общего права, особенно в Англии, где право изначально создавалось судьями практиками, роль правовой доктрины как источника права недооценивалась. Однако не означает её полного умаления. В развитии доктрины сыграли свою роль известные юристы Кок, Брэктон, Глэнвилл и другие. Хо-

¹ См.: Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения. – М.: ООО «Городец-издат», 2002. – С.695-703.

² См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - С.293-294.

³ См.: Черноков А.Э. Введение в сравнительное правоведение: учебное пособие / А.Э. Черноков. — 2-е изд., стереотип. — СПб.: ИВЭСЭП, Знание, 2007. — С.60-61.

тя римское право не оказало почти никакого влияния на развитие правовой системы права Англии, считается, что в этом случае мы имеем дело с одним из немногих его проявлений. При этом если раньше успехом пользовались отдельные сочинения юристов, то, начиная с конца XIX – начала XX века все большее значение приобретают цельные систематизированные доктрины¹.

Пятым источником права является разум.

Разум как источник права определяется в фактическом, сугубо эмпирическом плане. В одних случаях его рассматривают как средство восполнения пробелов в статутном праве, в других как повседневную жизнь судейского права. Наконец, в третьих случаях разум понимается в виде принятия разумного судейского решения в тех случаях, когда имеются пробелы в механизме правового регулирования. Это далеко не произвольный процесс. Здесь играют роль доктрины, попутно сказанное (*obiter dictum*) и так далее².

Список рекомендуемой литературы:

Богдановская И.Ю. Судебный прецедент – источник права? / И.Ю. Богдановская // Государство и право. – 2002. – N12. – С. 5-10.

Богдановская И.Ю. "Общее право": конец "триумфа традиций" / И.Ю. Богдановская // Юридический мир. – 2003. – №6. – С. 17-22.

Богдановская И.Ю. Закон в английском праве / И.Ю. Богдановская; Отв. ред. Н.С. Крылова; АН СССР, Ин-т государства и права. – М.: Наука, 1987. – 143 с.

Богдановская И.Ю. Прецедентное право / И.Ю. Богдановская; РАН, Ин-т государства и права. – М.: Наука. ИФ "Наука-философия, право, социология и психология", 1993. – 237с.

Давид Р. Основные правовые системы современности / Р.Давид, К. Жоффре-Спинози; Пер. с фр. В.А.Туманова. – М.: Междунар. отношения, 2009. – 456 с.

¹ См.: Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения. – М.: ООО «Городец-издат», 2002. – С.714-716.

² См.: Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения. – М.: ООО «Городец-издат», 2002. – С.718-719.

Джиффорд Д.Дж. Правовая система Австралии: Пер. с англ. / Д.Дж.Джиффорд, К.Х. Джиффорд; Под общ. ред. и с предисл. Ф. М. Решетникова. – М.: Юрид. лит., 1988. – 341 с.

Кросс Р. Прецедент в английском праве: Пер. с англ. / Р. Кросс; Под общ. ред. Ф. М. Решетникова. – М.: Юрид. лит., 1985. – 238 с.

Малько А.В. Сравнительное правоведение: учебно-методический комплекс / А.В. Малько, А.Ю. Саломатин. – М.: Норма, 2008. – 352 с.

Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения / М.Н. Марченко. – М.: ООО «Городец-издат», 2002. – 1068 с.

Марченко М.Н. Основные источники англосаксонского права: понятие, прецедент / М.Н. Марченко // Вестник Московского государственного университета. Сер.11, Право. – 1999. – N4. – С. 26-41.

Муромцев Г.И. Источники права в развивающихся странах Азии и Африки: система и влияние традиции / Г.И. Муромцев. – М.: Изд-во Ун-та дружбы народов, 1987. – 151 с.

Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / Решетников Ф.М., Батлер У.Э., Бойцова В.В. и др.; Отв. ред. А.Я. Сухарев. – М.: НОРМА. Издат. группа "НОРМА - ИНФРА-М", 2000. – 833 с.

Решетников Ф.М. Правовые системы стран мира: Справочник / Ф.М. Решетников. – М.: Юридическая литература, 1993. – 255 с.

Саидов А.Х. Введение в основные правовые системы современности / А.Х. Саидов; АН УзССР, Ин-т философии и права. – Ташкент: Фан, 1988. – 217 с.

Саидов А.Х. Сравнительное правоведение и юридическая география мира / А.Х. Саидов; РАН, Ин-т государства и права. – М., 1993. – 148 с.

Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / А.Х. Саидов; отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – 510с.

Тимошенко И.Г. Административная юстиция в Великобритании / И.Г.Тимошенко // Журнал российского права. – 1997. – N5. – С.128-136.

Уолкер Р. Английская судебная система: Пер. с англ. / Р. Уолкер; – М.: Юридическая литература, 1980. – 631 с.

Глава 8. Правовая система Шотландии

Правовая система Шотландии относится к смешанным правовым системам.

Шотландия на протяжении долгого времени подвергается английскому влиянию. В частности, шотландские короли довольно рано восприняли институты, способствовавшие централизации их власти. Как и в Англии здесь существовала практика разъездных судов, института присяжных, а затем и единых центральных королевских судов¹.

После войн за независимость с Англией (1298-1236гг.) Шотландия стала обращаться к правовому опыту стран континентальной Европы. Активно воспринималось римское частное право, каноническое право. Шотландия отходила от английского общего права. При этом римское частное право изучалось в европейских континентальных университетах, так как до XVв. Шотландии не было своих университетов. Влияние римского права сохранилось до сих пор в отдельных институтах гражданского права, в юридической терминологии, в делении права на публичное и частное².

Объединение с Англией в 1707г. способствовало сближению с английской правовой системой. Шотландское право восприняло прецедентную систему. Право Шотландии не было кодифицировано и с самого начала содержало огромный пласт судебных решений. Однако при этом метод толкования норм права в Шотландии больше романо-германскому праву, чем к англосаксонскому праву³.

Сильное влияние английского права, дающее о себе знать и поныне, не изменило самостоятельной природы общего права Шотландии. Оно существенно отличается от английского общего права и по содержанию, и по терминологии, и в особенности по принципам применения его судами. Шотландское право обнаруживает больше сходства с правом континентальных европейских государств, но и по отношению к нему представляет собой совершенно самостоятельную систему. При этом важная особенность шотландского общего права состоит в том, что оно

¹ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юрист, 2007. – С.345-346.

² См.: Там же.

³ См.: Там же.

включает не только судебные прецеденты, но и некоторые трактаты шотландских юристов, пользующихся исключительным авторитетом¹.

В отличие от английского права, в шотландском праве не было дуализма гражданского права в виде параллельных систем общего права и права справедливости. Также в Шотландии в гражданском процессуальном праве не получила свое развитие система исковых приказов, а публичное обвинение осуществляется службой государственного уголовного преследования².

Шотландские юристы классифицируют источники права Шотландии, пользуясь английской системой и терминологией: прецеденты, юридические трактаты, имеющие институциональное значение и законодательство. Первые два источника иногда именуют общим правом Шотландии³.

Принцип судебного прецедента окончательно утвердился в шотландских судах к XIXв. При этом он имеет свои особенности. С установлением права палаты лордов рассматривать шотландские апелляции по гражданским делам ее решения стали обязательными для судов Шотландии. Решения палаты лордов по уголовным делам, рассмотренным английскими судами, не являются обязательными в Шотландии. При этом прецеденты, относящиеся к нормам, аналогичным в двух регионах, обладают особой убеждающей силой. Решения других шотландских и английских судов не обязательны друг для друга, хотя относятся к категории «убеждающих» прецедентов, особенно если эти прецеденты интерпретируют статуты Соединенного королевства в тех сферах, где желательно единообразие (например, в налоговом праве)⁴.

Многие неписанные нормы английского общего права были введены в шотландское право посредством судебной практики палаты лордов. При этом шотландские юристы, с тех пор как она начала действовать в качестве судебной ин-

¹ См.: Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / Решетников Ф.М., Батлер У.Э., Бойцова В.В. и др.; Отв. ред. А.Я. Сухарев. — М.: НОРМА. Издат. группа "НОРМА - ИНФРА-М", 2000. — С. 117

² См.: Черноков А.Э. Введение в сравнительное правоведение: учебное пособие / А.Э. Черноков. — 2-е изд., стереотип. — СПб.: ИВЭСЭП, Знание, 2007. — С.71.

³ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – С.347.

⁴ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – С.347.

станции и вплоть до 1876г., в ней не были представлены. Даже в конце XXв. они составляли меньшинство при апелляциях по делам, касающимся Шотландии¹.

Публикация судебных прецедентов осуществляется в специальной серии «Сессионные дела» с середины XIXв².

Среди источников шотландского права можно отметить правовую доктрину. В этом качестве до сих пор используется несколько юридически значимых компиляций. В частности, можно выделить «Regiam maestatem» (комментарии о судебном процессе в королевских судах), «Институции шотландского права». Последние были опубликованы судьей Стэрмом в 1681г. в качестве систематизированного энциклопедического труда, опиравшегося на римское право³.

К источникам шотландского права относится и законодательство. Оно состоит из законов принятых парламентом Шотландии до 1707г., из законов парламента Великобритании, принятых с 1707г. по 1800г. и законов, изданных после 1801г., когда в результате присоединения Северной Ирландии образовалось Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии. Акты парламента Шотландии, изданные до 1707г. являются действующими, они периодически пересматриваются, отменяются и переиздаются⁴.

В 1948г. началась ежегодная публикация текущего шотландского законодательства, которая продолжается и сейчас. В это собрание также включаются издаваемые Сессионным и Высоким судом Правила гражданского судопроизводства и Правила уголовного судопроизводства, которые приравниваются к законам в силу права парламента делегировать свои судебные полномочия. Фактически они относятся к актам делегированного законодательства. Все остальные акты делегированного законодательства публикуются в общем Собрании подзаконных актов⁵.

¹ См.: Цвайгерт К., Кётец Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х тт. - Т.1. Основы: Пер. с нем. - М.: Международные отношения, 1998. - С.306.

² См.: Черноков А.Э. Введение в сравнительное правоведение: учебное пособие / А.Э. Черноков. — 2-е изд., стереотип. — СПб.: ИВЭСЭП, Знание, 2007. — С.71.

³ См.: Там же. - С.71-72.

⁴ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов - 2-е изд., доп и перераб. - М.: Юрист, 2007. - С.347-348.

⁵ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов - 2-е изд., доп и перераб. - М.: Юрист, 2007. - С.348.

Как же определить место Шотландии на правовой карте мира? Для ответа на этот вопрос вкратце посмотрим на отдельные институты шотландского права.

В частности, в Шотландии регулирование отношений собственности, особенно земельной собственности, существенно отличается от установлений действующего английского законодательства. В области торговых отношений и авторского права, напротив, влияние английского права сказывается самым очевидным образом. Как и в Англии, в Шотландии получил широкое распространение институт доверительной собственности, однако его применение здесь имеет известные особенности¹.

Что касается обязательств, то отдельные виды договоров (заем, поклада) ведут свое происхождение от римского права, другие (купля-продажа, наем) – регулируются по правилам, в основном совпадающим с нормами английского права. Ответственность за правонарушения регулируется весьма своеобразными нормами, лишь отчасти тождественными английскому праву. В частности, здесь не находит применения институт строгой ответственности, позволяющий в Англии (при определенных обстоятельствах) не требовать доказательств вины правонарушителя².

Уголовное право, как и большинство других отраслей шотландского права, остается некодифицированным. Многие вопросы Общей части трактуются в Шотландии иначе, нежели в английском праве. Например, никогда не признавалась традиционная классификация преступных деяний, деление на фелонии и мисдиминоры, существенно отличаются виды умысла и смягчающие обстоятельства, ответственность за соучастие и т.п. Значительно отличается от английской и систематизация видов конкретных преступлений и их признаки, в том числе применительно к наиболее опасным и распространенным (убийства, кражи, мошенничество)³.

¹ См.: Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / Решетников Ф.М., Батлер У.Э., Бойцова В.В. и др.; Отв. ред. А.Я. Сухарев. — М.: НОРМА. Издат. группа "НОРМА - ИНФРА-М", 2000. — С. 117

² См.: Там же.

³ См.: Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / Решетников Ф.М., Батлер У.Э., Бойцова В.В. и др.; Отв. ред. А.Я. Сухарев. — М.: НОРМА. Издат. группа "НОРМА - ИНФРА-М", 2000. — С. 118.

На основании всего вышесказанного можно присоединиться к мнению К. Цвайгерта и Х. Кётца, отметивших, что шотландское право «иллюстрирует определенную форму симбиоза английской и континентальной правовых традиций»¹.

В завершение обзора правовой системы Шотландии дадим краткую характеристику её судебной системы.

Во-первых, это высшие суды. К ним, в частности, относится Сессионный суд, рассматривающий гражданские дела. В рамках данного суда выделяются две палаты. Внешняя палата является судом первой инстанции по рассмотрению гражданских дел при цене иска свыше одной тысячи фунтов. Рассмотрение дел осуществляется судьями единолично. Внутренняя палата является апелляционной инстанцией для Внешней палаты и всех нижестоящих судов. К высшим судам относится также Высокий суд юстициария. Он рассматривает уголовные дела, кроме дел суммарного производства. Данный суд также выступает в качестве апелляционной инстанции для всех нижестоящих судов².

Во-вторых, это суды среднего звена. К ним относятся шерифские суды (6 округов), во главе которых находятся главные шерифы, одновременно возглавляющие шерифства – административные единицы Шотландии³.

В-третьих, суды низшего звена – районные суды, созданные в 1975г. Судьями здесь становятся выборные магистраты, не обладающие юридическим образованием⁴.

Список рекомендуемой литературы:

Головко Л.В. Современная практика освобождения от уголовного преследования в Шотландии / Л.В. Головко // Вестник Московского университета. Сер. 11. Право. – 1998. – N2. – С. 74-83.

Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози; Пер. с фр. В.А. Туманова. – М.: Междунар. отношения, 2009. – 456 с.

¹ См.: Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х тт. - Т.1. Основы: Пер. с нем. - М.: Международные отношения, 1998. – С.307.

² См.: Черноков А.Э. Введение в сравнительное правоведение: учебное пособие / А.Э. Черноков. — 2-е изд., стереотип. — СПб.: ИВЭСЭП, Знание, 2007. — С.72.

³ См.: Там же. – С.72-73.

⁴ См.: Черноков А.Э. Введение в сравнительное правоведение: учебное пособие / А.Э. Черноков. — 2-е изд., стереотип. — СПб.: ИВЭСЭП, Знание, 2007. — С.73.

Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / Решетников Ф.М., Батлер У.Э., Бойцова В.В. и др.; Отв. ред. А.Я. Сухарев. – М.: НОРМА. Издат. группа "НОРМА - ИНФРА-М", 2000. – 833 с.

Решетников Ф.М. Правовые системы стран мира: Справочник / Ф.М. Решетников. – М.: Юридическая литература, 1993. – 255 с.

Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / А.Х. Саидов; отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – 510с.

Уолкер Р. Английская судебная система: Пер. с англ. / Р. Уолкер; – М.: Юрид. лит., 1980. – 631 с.

Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2т. Т.1, Основы: Пер. с нем. / К. Цвайгерт, Х. Кётц. – М.: Международные отношения, 1998. – 479 с.

Глава 9. Правовая система США

Соединенные штаты Америки исторически являются первыми колониями Великобритании, получившими независимость. Находясь в англосаксонской правовой семье, правовая система США обладает определенными особенностями, что и обуславливает ее отдельное рассмотрение.

§ 1. История правового развития США.

Первые английские поселения на территории современных США возникли в XVIIв. Формально английские колонии подчинялись действию английского права. Датой применения общего права во всех американских колониях считается 1607г., то есть дата образования первой колонии. При этом действовало ограничение: общее право Англии применяется в колониях только в той мере, в какой его нормы соответствуют условиям колоний¹.

Вместе с тем в XVII в. нормы английского общего права не всегда соответствовали условиям жизни английских колоний. Причины этого были сле-

¹ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - С.301-302.

дующими. Во-первых, была острая нехватка профессиональных юристов. Во-вторых, нормы общего права были выработаны в недрах феодального английского общества и не всегда отвечали потребностям колониальной жизни. В-третьих, английское право не всегда нравилось самим колонистам. В большинстве случаев они были вынуждены эмигрировать из Англии и отнюдь не видели, подобно английским юристам, в общем праве бастиона свободы личности¹.

В XVIIIв. отношение к английскому праву меняется. В условиях развития экономики и улучшения жизни колонистов на общее право начинают смотреть по-другому. Во-первых, оно могло быть использовано для защиты от королевского абсолютизма. Во-вторых, в общем праве видели связь с Англией. Это было актуально в свете угроз идущих от французских колоний – Луизианы и Канады. Американские суды стали активнее применять английские законы².

Новым вектором в развитии права США стала война за независимость США.

Французская угроза сильно уменьшилась, так как Канада была аннексирована Англией в 1763г., а Луизиана была приобретена США в 1803г. В обществе господствовали республиканские идеалы и приверженность общему праву. Стали складываться предпосылки для вхождения США в романо-германскую правовую семью. В страну прибывали эмигранты, не знавшие общее право либо приехавшие из страны, где не любили все английское (например, в Ирландии). Все громче стали высказываться идеи кодификации³.

В 1811г. Иеремиа Бентам в письме президенту Мэдисону изложил преимущества кодификации американского варианта общего права. И хотя он получил отказ, кодификационные работы проводились в различных частях страны. Так, в 1848г. был принят гражданско-процессуальный кодекс в Нью-Йорке, ставший образцом для правовых актов в других штатах. Активно проводились кодификационные работы и в штатах «американского запада». При этом стоит

¹ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - С.301-302.

² См.: Там же. – С.303.

³ См.: Там же. – С.303-304.

помнить, что соотношение кодексов с судебной практикой иное, нежели в странах романо-германской правовой семьи¹.

Несмотря на особенности исторического развития, правовая система США осталась в семье общего права. Этому способствовало наличие английского языка, наличие некоторых школ права, способствовавших развитию системе обучения, основанной на общем праве. В целом общее право победило в США. Законы большинства штатов прямо оговорили, что общее право по состоянию на определенную дату является действующим правом. Другие штаты обошлись без такого уточнения².

Однако конфликт между романо-германским правом и общим правом, возникшим в стране сразу завоевания независимости, не прошел бесследно. Общее право США приобрело специфический характер. Оно входит в семью общего права в том смысле, что здесь сохраняются концепции, способ мышления и теория источников общего права. Вместе с тем многие нормы общего права никогда не применялись в США, так как не отвечали требованиям американского общества. В США было воспринято английское право, действовавшее до 1776г³.

Ряд ученых считает, что право США начало формироваться с 1800г. В частности, выделяются три этапа развития американского права: первый – с 1800г. до гражданской войны, второй – с гражданской войны до Первой мировой войны, третий – от Первой мировой войны до настоящего времени. Также существует классификация И.Ю. Богдановской, согласно которой выделяется четыре этапа в развитии американского права. Первый – этап утверждения прецедентного права в колониальный период. Вторым этапом начался после получения независимости и продолжался до 1830г. Третий этап – с 1830 по 1860г. –

¹ См.: Цвайгерт К., Кёйтц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х тт. - Т.1. Основы: Пер. с нем. - М.: Международные отношения, 1998. – С.361-362.

² См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - С.304-305.

³ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - С.305-306.

характеризуется рядом изменений в прецедентном праве. Со второй половины XIXв. до настоящего времени продолжается четвертый этап¹.

§ 2. Конституция США и Билль о правах США

Правовое развитие США ознаменовалось принятием таких документов как Конституция США и Билль о правах. Отметим их некоторые общие особенности.

Конституция США была одобрена 17 сентября 1787г. и вступила в силу 4 марта 1789г. Она представляла собой краткий документ, состоящий из преамбулы и семи статей. В основу Конституции были положены такие принципы как президентский республиканизм, федерализм, разделение властей, конституционный судебный контроль. Стоит отметить, что эти принципы не были напрямую закреплены в её тексте².

Текст Конституции США не содержал отдельного раздела о правах и свободах. При этом сама Конституция США является жесткой, то есть для ее дополнения необходимы поправки.

За всю историю США в Конгресс было внесено более пяти тысяч проектов поправок; тридцать три из них были приняты Конгрессом; всего двадцать семь – ратифицированы, из которых двадцать шесть – действуют. Так, поправка XXVII (запрещающая парламентариям увеличивать собственное жалование) была принята Конгрессом в 1789г., а ратифицирована и вступила в силу лишь в мае 1992г. Многие штаты (Массачусетс, Джорджия, Коннектикут) ратифицировали Билль о правах более чем через сто лет после его принятия – в XXв³.

Билль о правах был утвержден 21 сентября 1789г. в форме первых десяти поправок к Конституции США, официально он вступил в силу лишь в 1791г. В нем можно условно выделить две части. В первой из них, в частности, закреплялись классические демократические права и свободы граждан: свобода выбо-

¹ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юрист, 2007. – С.350-351.

² См.: История государства и права зарубежных стран: учебник для вузов: В 2 т. / отв. ред. Н.А. Крашенинникова. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Норма, 2006. Т.2.: Современная эпоха – С.73-74.

³ См.: Шумилов В.М. Правовая система США: учебное пособие. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Международные отношения, 2006. – С.57.

ра вероисповедания, свобода слова и печати, право народа мирно собираться и обращаться к правительству с петициями, неприкосновенность личности, жилища, бумаг и имущества, запрет необоснованных обысков и арестов. Во вторую часть Билля о правах вошли гарантии этих прав и свобод¹.

§ 3. Особенности правовой системы США

В литературе выделяют следующие общие особенности правовой системы США. Во-первых, правовая система США испытывает сильное влияние со стороны федеративной формы государственного устройства США. Параллельно существуют и тесно взаимодействуют правовые системы федерации и штатов. Своеобразны способы унификации права в масштабе федерации. Во-вторых, в США есть писаная федеральная Конституция, удельный вес которой практически определяется толкованием ее положений Верховным судом. В Англии единой писанной конституции нет. Наличие Конституции США ограничивает свободу действий как законодательных, так и судебных органов в части внесения изменений в организацию правосудия. В-третьих, в США есть судебный контроль за конституционностью законов. При этом решение Верховного суда США распространяется на дела, которые могут возникнуть в будущем. В-четвертых, сохранение приоритетной роли судебной практики сочетается с интенсивным развитием отраслевого законодательства. Однако кодификация в США отличается от кодификации романо-германского права, она скорее напоминает консолидацию. В-пятых, юридическая терминология в США сильно отличается от юридической терминологии в Англии. Наконец, в-шестых, американский прецедент более подвижен, чем английский. Так Верховный суд США и верховные суды штатов не связаны своими прецедентами. Не существует формальных запретов на внесение изменений в ранее принятые решения или отказ от прецедента. При рассмотрении конкретного дела суд мо-

¹ См.: История государства и права зарубежных стран: учебник для вузов: В 2 т. / отв. ред. Н.А. Крашенинникова. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Норма, 2006. Т.2.: Современная эпоха – С.80-81.

жет переоценивать факты применения прецедента, отнесенные к основным обстоятельствам¹.

Существуют и иные отличия. Отметим еще одну достаточно важную особенность. В США существует своеобразное распространение юрисдикции судов справедливости. Из-за отсутствия в США специальных судов, применяющих каноническое право, суды справедливости включают в сферу своей деятельности те вопросы, которые в Англии относились к церковной юрисдикции. Также компетенция судов справедливости нужна тогда, когда право не предоставляет никаких средств для разрешения вопроса².

§ 4. Судебная система США

В федеральную систему судов входят Верховный суд США, апелляционные и окружные, а также специальные суды. Всю систему возглавляет Верховный суд США, состоящий из 9 судей. Верховный суд рассматривает по первой инстанции дела по спорам между двумя или более штатами, по искам, в которых одной из сторон являются послы иностранных государств, и некоторые другие. Апелляционные суды были созданы в 1891г. в качестве промежуточной инстанции между Верховным судом США и окружными судами. В настоящее время насчитывается 13 апелляционных судов. Основное звено федеральной судебной системы это окружные суды. Всего в настоящее время существует 95 окружных судов, в каждом из которых от 2 до 27 судей. Они рассматривают по первой инстанции гражданские и уголовные дела, входящие в компетенцию федеральной юстиции, а также жалобы на действия административных ведомств³.

¹ Подробнее см.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юристь, 2007. – С.364-365.

² См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - С.320.

³ См.: Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / Решетников Ф.М., Батлер У.Э., Бойцова В.В. и др.; Отв. ред. А.Я. Сухарев. — М.: НОРМА. Издат. группа "НОРМА - ИНФРА-М", 2000. — С. 610-611.

Наряду с системой общих судов существует несколько специализированных федеральных судов. Здесь можно выделить Претензионный суд, Суд по внешней торговле, Налоговый суд¹.

В американских штатах действуют разные системы судов. Чаще всего в штатах используются двух - и трехступенчатые системы общих судов, а также различные суды ограниченной или специальной юрисдикции. Двухступенчатая система общих судов, включающая суды первой инстанции и высший судебный орган, как правило, свойственна небольшим по размерам и населению штатам, а трехступенчатая, с судами промежуточной, апелляционной юрисдикции, более крупным².

Суды, возглавляющие судебную систему в штате, чаще всего носят название верховных судов, однако в ряде штатов они называются апелляционными. Верховные и соответствующие им суды штатов занимаются, главным образом, рассмотрением апелляционных жалоб на решения нижестоящих судов³.

Суды промежуточной юрисдикции (термин "промежуточный" иногда входит в их официальное название) созданы в ряде штатов для рассмотрения жалоб на приговоры и решения судов первой инстанции и других судебных учреждений. Они носят различные названия, но чаще всего их именуют апелляционными судами. Иногда в штатах создается отдельный уголовный апелляционный суд, в ряде случаев суды промежуточной юрисдикции функционируют на правах апелляционных отделений верховного суда штата⁴.

Основное звено судебной системы штатов – суды общей юрисдикции, которые выступают под самыми разными названиями, например: в штате Нью-Йорк это верховные суды, в штате Калифорния – высшие суды, но чаще всего они именуются окружными судами. Как правило, они рассматривают по первой инстанции уголовные дела обо всех преступлениях, предусмотренных законо-

¹ См.: Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / Решетников Ф.М., Батлер У.Э., Бойцова В.В. и др.; Отв. ред. А.Я. Сухарев. — М.: НОРМА. Издат. группа "НОРМА - ИНФРА-М", 2000. — С. 610-611.

² См.: Там же. — С.611-612.

³ См.: Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / Решетников Ф.М., Батлер У.Э., Бойцова В.В. и др.; Отв. ред. А.Я. Сухарев. - М.: НОРМА. Издат. группа "НОРМА - ИНФРА-М", 2000. — С. 611-612.

⁴ См.: Там же. — С. 612.

дательством соответствующего штата, кроме малозначительных уголовных проступков, и гражданские дела с любой суммой иска, кроме тех категорий дел, для разбирательства которых созданы специализированные суды¹.

Помимо названных звеньев общей системы судов в каждом американском штате имеются суды ограниченной юрисдикции, которым доверяется рассматривать дела о малозначительных преступлениях, а также гражданские дела с небольшой суммой иска, чаще всего до 1000 долларов. Они носят названия муниципальных городских, полицейских судов, иногда судов графств, судов общих сессий и так далее².

Во многих штатах действуют также суды специальной юрисдикции либо самостоятельно, либо при окружных судах. Это суды по налогам, по земельным спорам, по делам о наследовании, по претензиям к властям штатов, суды, разбирающие дела о нарушении правил дорожного движения, суды по делам несовершеннолетних и другие³.

§ 5. Источники права США

К источникам права США относится судебный прецедент. Однако прецедентное право здесь обладает определенными особенностями.

В США, как и в Англии, есть правило (*stare decisis*) согласно которому судьи обязаны в данных конкретных условиях следовать нормам права, вытекающим из ранее вынесенных другими судьями судебных решений по аналогичным делам. В отличие от Англии США является федеративным государством и это ослабляет силу прецедента. В противном случае могут образоваться непреодолимые различия между правом, применяемым в различных штатах. При этом американские юристы в зависимости от обстоятельств делают упор на необходимую жесткость, либо необходимую гибкость прецедентного права⁴.

¹ См.: Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / Решетников Ф.М., Батлер У.Э., Бойцова В.В. и др.; Отв. ред. А.Я. Сухарев. - М.: НОРМА. Издат. группа "НОРМА - ИНФРА-М", 2000. — С.612-613.

² См.: Там же. — С.613.

³ См.: Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / Решетников Ф.М., Батлер У.Э., Бойцова В.В. и др.; Отв. ред. А.Я. Сухарев. — М.: НОРМА. Издат. группа "НОРМА - ИНФРА-М", 2000. — С. 613.

⁴ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - С.330.

Правило *stare decisis* сводится в США к следующему. Верховный суд США и верховные суды штатов не обязаны следовать своим собственным решениям и, следовательно, могут изменить свою практику. Помимо этого штаты суверенны, и правило *stare decisis* относится к компетенции штатов лишь пределах судебной системы этого штата (после дела Томпкинса сюда следует отнести и федеральные суды в тех случаях, когда они применяют право какого либо штата)¹.

Изменения судебной практики не редкость, если обратиться к деятельности Верховного суда США. Они выражаются в той гибкости, с которой дается толкование Конституции США. Верховный суд США основательно реализовал возможности, имевшиеся у него для внесения изменений в судебную практику. Толкование Конституции США приспособлено к идеологическим и экономическим особенностям современности, это позволяет США жить при жесткой Конституции, которую трудно изменить².

В верховных судах штатов изменения судебной практики имеют иное объяснение. Часто они происходят в связи с желанием направить право штата в то господствующее течение, которое установилось в других штатах. Тем самым восстанавливается единство общего права США. Вместе с тем, за исключением вышесказанного, суды штатов с большой осторожностью допускают изменения судебной практики³.

К источникам права США относится законодательство. Среди федеральных законов центральное место занимает Конституция США. Отношение к Конституции особое. Она определяет устои общества. Судьи являются проводниками Конституции и обладают правом подвергать проверке неконституционные действия с целью объявить их недействительными⁴.

Право судебного контроля за конституционностью законов не предоставлено Верховному суду США законом. Оно было введено им самим в 1803г. после дела Мэрбари против Мэдисона. При этом Верховный суд США и под его

¹ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - С.330-331.

² См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - С.331.

³ См.: Там же.

⁴ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юрист, 2007. – С.361-362.

контролем федеральные суды и суды штатов осуществляют контроль не только за конституционностью законов, но и за применением общего права¹.

Основная тенденция развития права США со второй четверти XIX в. – возрастание роли законодательства при сохранении принципиальной значимости решений Верховного суда США. В США есть штаты, где законодательство испытало сильное влияние со стороны романо-германской правовой семьи. Например, в штате Луизиана Гражданский кодекс 1825 г. был построен по образцу Кодекса Наполеона. Однако в сфере торгового права и гражданского процесса в этом штате развитие шло в направлении дальнейшей американизации. Законодательство штатов Техас, Нью-Мексико, Невада (т.е. бывших территорий Мексики) обнаруживает известное влияние испанской правовой системы².

Федеральное законодательство в США играет роль ведущего источника права в регулировании общественных отношений в сфере экономики, финансов, обороны, трудовых отношений, охраны природы, таможенных правил, торговли между штатами, авторских прав и так далее. В последние десятилетия возрастает роль федерального законодательства США. Оно публикуется в качестве свода законов, состоящего из 50 разделов, каждый из которых посвящен определенной отрасли права либо крупному правовому институту³.

Размежевание сфер действия законодательства федерации и штатов в конкретных отраслях права представляет определенные трудности, так как часто одни и те же общественные отношения регулируются как теми, так и другими законами. В целом же область применения законодательства и общего права штатов шире, чем федерального законодательства и сопутствующего ему общего права в сфере гражданского и уголовного права, судостроительства и судебного процесса⁴.

¹ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - С.334-335.

² См.: Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / Решетников Ф.М., Батлер У.Э., Бойцова В.В. и др.; Отв. ред. А.Я. Сухарев. — М.: НОРМА. Издат. группа "НОРМА - ИНФРА-М", 2000. — С. 598.

³ См.: Там же. — С. 599.

⁴ См.: Там же.

В США стоит проблема сохранения единообразия права, так как в отдельных штатах могут существовать различные законы. В XXв. выработали два механизма преодоления этих противоречий. Во-первых, штатам было предложено принять типовые единообразные законы в тех вопросах, где практика признавала необходимым законодательное вмешательство. Так, в 1952г. был создан проект Торгового кодекса, в 1962г. были созданы типовые кодексы по уголовному праву, уголовному процессу. Во-вторых, Конгресс США и федеральная администрация могут вмешаться в те вопросы, где необходимо единообразие права. Как отмечают в литературе «общие формулы, используемые Конституцией США так, как они толкуются Верховным судом, позволяют найти законное основание для такого вмешательства во всех случаях, когда это нужно»¹.

Еще одним источником права США является административное нормотворчество органов исполнительной власти. В его основе лежат полномочия, делегируемые органам исполнительной власти законодательными органами. Однако в реальной жизни административные акты, призванные конкретизировать и детализировать законы, часто их подменяют².

Наконец в правовой системе США есть еще один источник права – правовой обычай. Он имеет второстепенное значение. Однако значение правового обычая велико в области функционирования институтов государственной власти. В частности, такие институты как постоянные комитеты палат Конгресса США, политические партии регламентируются правовыми обычаями³.

Список рекомендуемой литературы:

Боботов С.В. Введение в правовую систему США / С.В. Боботов, И.Ю.Жигачев. – М.: НОРМА, 1997. – 332 с.

Гуценко К.Ф. Уголовная юстиция США. Критический анализ правовых институтов, обеспечивающих уголовную репрессию / К.Ф. Гуценко. – М.: Юридическая литература, 1979. – 207 с.

¹ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - С.343.

² См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – С. 362.

³ См.: Там же. – С.362-363.

Давид Р. Основные правовые системы современности / Р.Давид, К. Жофре-Спинози; Пер. с фр. В.А.Туманова. – М.: Междунар. отношения, 2009. – 456 с.

Жидков О.А. Верховный суд США: право и политика / О.А. Жидков; Отв. ред. А.А. Мишин. – М.: Наука, 1985. – 221 с.

Каленский В.Г. Билль о правах в конституционной истории США / В.Г.Каленский. – М.: Наука, 1983. – 280 с.

Конституция США: история и современность / Каримский А.М., Маныкин А.С., Марченко М.Н. и др.; Под общ. ред. А.А. Мишина, Е.Ф. Язькова. – М.: Юридическая литература, 1988. – 318 с.

Мишин А.А. Государственное право США / А.А. Мишин. – М.: Наука, 1976. – 207 с.

Мишин А.А. Конституция США: Политико-правовой комментарий / А.А.Мишин, В.А. Власихин. – М.: Международные отношения, 1985. – 334 с.

Никеров Г.И. Административно-процессуальное право США / Никеров Г.И. // Государство и право. – 1997. – N12. – С. 96-103.

Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / Решетников Ф.М., Батлер У.Э., Бойцова В.В. и др.; Отв. ред. А.Я. Сухарев. – М.: НОРМА. Издат. группа "НОРМА - ИНФРА-М", 2000. – 833 с.

Решетников Ф.М. Правовые системы стран мира: Справочник / Ф.М. Решетников. – М.: Юридическая литература, 1993. – 255 с.

Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / А.Х. Саидов; отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – 510с.

Соединенные Штаты Америки. Конституция и законодательные акты: Пер. с англ. / Сост. В.И. Лафитский; Под ред.и со вступ. ст. О.А.Жидкова. – М.: Прогресс. Универс, 1993. – 766 с.

Филиппов С.В. Судебная система США / С.В. Филиппов. – М.: Наука, 1980. – 173 с.

Фридмэн Л. Введение в американское право: Пер.с англ. / Л. Фридмэн. – М.: Прогресс. Универс, 1993. – 286 с.

Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2т. Т.1, Основы: Пер. с нем. / К. Цвайгерт, Х. Кётц. – М.: Международные отношения, 1998. – 479 с.

Глава 10. Мусульманское право

§ 1. Общая характеристика мусульманского права и его источников

Мусульманское право не является самостоятельной отраслью или областью науки. Сложившись в своей основе еще в VII–X вв. в период становления и развития феодальных отношений в Арабском халифате, оно неизменно выступает лишь как одна из сторон ислама. Эта религия, отмечается в научных источниках, содержит в себе, во-первых, теологию, которая устанавливает и уточняет, во что мусульманин должен верить и во что не должен верить, а во-вторых, предписания верующим, указывающие на то, что они должны делать и что не должны. В исламской религии совокупность таких предписаний называется шариатом (в переводе с арабского «путь следования») и составляет собственно то, что называют мусульманским правом¹.

Согласно догмам ислама мусульманское право своим происхождением обязано Аллаху, который открыл это право и довел его до всего общества в целом и отдельно взятого человека через своего посланника и пророка Мухаммеда.

Незыблемая основа мусульманского права – Коран. Это главная священная книга мусульман, в которой собраны различные проповеди, обрядовые и юридические установления, молитвы, заклинания, всякого рода назидательные рассказы и притчи, произнесенные Мухаммедом в Мекке и Медине. Содержание Корана составляют высказывания Аллаха своему пророку и посланцу Мухаммеду.

Коран является первым и основным источником мусульманского права. Однако никто из мусульманских юристов не воспринимает его ни в качестве книги права, ни в качестве кодекса мусульманского права. Отдельные положения юридического характера, содержащиеся в Коране, далеко не достаточны

¹Подробнее см.: Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения. – М.: ООО «Городец-издат», 2002. – С. 1021-1033; Давид Р. Основные правовые системы современности. – М., 2009. – С. 346-354.

для того, чтобы вести речь о кодификации. Более того, многие правовые институты, имеющие огромное значение для формирования и развития мусульманского права, в этой священной книге даже не упоминаются. Поэтому мусульманский судья, осуществляя правосудие, обращается непосредственно не к Корану, а к книгам, написанным в разные годы авторитетными юристами, учеными-богословами и содержащим в себе такое толкование.

Коран является моральной и религиозно-философской основой мусульманского государства и права, исходным моментом в процессе их возникновения и развития. Однако Коран не может рассматриваться исключительно как правовой памятник. Наряду с положениями чисто религиозного и философско-религиозного характера в Коране содержатся положения, рассматриваемые в сугубо юридическом плане¹.

В отличие от Корана, содержащего высказывания Аллаха Мухаммеду, Сунна является сборником адатов, традиций, касающихся действий и высказываний самого Мухаммеда, воспроизведенных и обработанных рядом известных в тот период (VII–IX вв.) – становления и развития мусульманского права – богословов и юристов. Содержание Сунны составляют признанные достоверными Хадисы, каждый из которых представляет собой предание о поступках и изречениях Мухаммеда.

Сунна есть своеобразный итог толкования Корана, проводившегося самими авторитетными в мусульманском мире в первые десятилетия после смерти Мухаммеда богословами и юристами. Сунна, так же как и Коран, не содержит в себе каких бы то ни было ярко выраженных нормативных положений, четких указаний на права и обязанности сторон. В силу этого при рассмотрении конкретных дел судьи предпочитали обращаться к «книгам права», толкованиям широко известных правоведов, нежели к Корану или Сунне. Аналогичная ситуация сохраняется в мусульманском мире и поныне.

Среди иных источников следует выделить иджму – согласованное заключение древних правоведов, знатоков ислама, об обязанностях правоверных, по-

¹Коран. – М., 1991. – С. 211.

лучившее значение юридической истины, извлеченной из Корана или Сунны¹. Иджма выступает в качестве своеобразного средства, способа восполнения пробелов в мусульманском праве в тех случаях, когда ни Коран, ни Сунна не могут дать убедительного ответа на возникающие вопросы.

При выработке иджмы древние знатоки богословия и права неизменно исходили из двух непоколебимых постулатов-догм: а) единство и непогрешимость мусульманского общества, которое «не примет ошибочного решения», и б) чистота и непоколебимость мусульманской веры, исходящей от Аллаха. Эти две догмы позволили признать религиозную и юридическую силу согласованных мнений и решений богословских и юридических авторитетов, непосредственно не вытекающих из Корана или Сунны.

Источником мусульманского права издревле признается также рассуждение в области права по аналогии под названием «кияс». Суть кияса заключается в применении тех или иных установленных Кораном, Сунной или иджмой предписаний к новым, не предусмотренным этими источниками права, случаям.

В научной литературе применительно к мусульманскому праву вполне оправданно указывалось на ограниченный характер аналогии. При помощи суждения по аналогии, резонно замечал Р. Давид, чаще всего можно найти решение, исходя из существующих норм права, лишь применительно к данному частному случаю. Однако нельзя надеяться приспособить при помощи этого метода всю систему мусульманского права к современности. Мусульманское право «не хочет быть отражением действительности. Это скорее свет, который должен вести верующих к религиозному идеалу, так как часто они не видят нужного направления. Идея приспособления права к эволюции фактов совершенно чужда этой системе»².

Согласно теории мусульманского права государство в лице суверенархана или же в более позднее время – парламента не может творить право, законодательствовать. Суверен в исламистском понимании является не госпо-

¹ См.: Общая теория права/ Отв. ред. А.С. Пиголкин. – М., 1994. – С. 379.

² Давид Р. Основные правовые системы современности. – М., 1988. – С. 393.

дином, а слугой права. Мусульманское право создается самим Аллахом и его посланником и пророком Мухаммедом. Что же касается суверена, то он, следуя праву, издает лишь административные акты и следит за правильным осуществлением правосудия.

Сказанное относилось особенно к ранним этапам становления и развития мусульманского права. Сохранилось множество документальных материалов, свидетельствующих о полной обусловленности и подчиненности нормотворческой и судебной деятельности требованиям шариата, т.е. свода мусульманских правовых и теологических нормативов, провозглашенных исламом «вечным и неизменным» плодом божественных установлений. Суверен, или властитель, в мусульманском мире всегда обладал огромной властью. Издаваемые им акты всегда имели огромное для жизни страны значение. Но все его акты и действия никогда не должны были противоречить и нарушать традиции и требования ислама.

Суд тоже осуществлялся в рамках требований и на основе общепризнанных канонов ислама. Теоретически он вершился именем или от имени Аллаха. Практически же – специально избранным лицом (кади), которому властитель поручал выполнение судебных функций. Несмотря на то, что институт судейства считался весьма важным в обществе и играл в мусульманском мире огромную роль, отношение среди населения к нему и к самой судейской должности не всегда было однозначным¹.

На ранних и на более поздних стадиях развития общества мусульманские судьи руководствовались преимущественно религиозными канонами, толкованиями ученых богословов, но отнюдь не иными источниками права, включая законы. Последние в современном им понимании как акты, изданные высшими органами государственной власти, долгое время вообще не признавались в мусульманском праве. Однако теория и практика применения мусульманского права не отвергали всякого рода регламенты, соглашения и обычаи. Строго говоря, они не входили и не входят в содержание мусульманского права, находят-

¹ Мухоммад Ал-Хушани. Книга о судьях. Пер. с араб., предисл., примеч. и указ. К. А. Бойко; РАН, Отделение истории, Ин-т востоковедения. – М.: Наука, 1992. – С. 14, 29.

ся как бы рядом, вне этого права. Но даже при таком положении дел все они, в первую очередь широко распространенный обычай, вовсе не осуждаются и не отвергаются правом.

Не все обычаи одинаково воспринимаются и освящаются мусульманским правом. Некоторые из них категорически отвергаются им. Однако те, которые согласуются с ним, фактически расширяют сферу его приложения и дополняют его. В числе такого рода обычаев можно назвать обычаи, касающиеся размеров и способов выплаты приданого; осуждающие наряду с мусульманским правом необоснованное обогащение или получение «финансовых преимуществ без взаимного вознаграждения»; регулирующие совместное использование различными землевладельцами одних и тех же водных источников, и др.¹

Наряду с признаваемыми обычаями важное практическое значение для функционирования мусульманского права и его фактического приспособления к изменяющейся действительности имеют соглашения. Также как и обычаи, они не являются источниками права, однако играют важную роль в его эволюции. Благодаря соглашениям зачастую вносились значительные изменения в существующие правовые нормы, которые согласно сложившимся представлениям о праве не всегда считались обязательными. В силу этого судебная практика ряда мусульманских стран допускает и сейчас, например, при заключении браков или при решении других семейно-бытовых вопросов, некоторые отступления от существующих правил (возможность расторжения брака по инициативе жены, а не только мужа; расторжение брака в случае нарушения мужем единобрачия и пр.).

Огромная возможность использования соглашений и обычаев в мусульманском праве предопределяется прежде всего тем, что оно при всей своей религиозной строгости и ортодоксальности оставляет широкое поле для самостоятельной деятельности субъектам правоотношений, для проявления ими инициативы. «Нет никакого преступления в заключении соглашений с учетом

¹ Schacht V.Y. An introduction to Islamic law. NY., 1964 P. 145.

того, что предписывает закон», – говорится в одном из актов-обычаев, из которых у ряда мусульманских народов формировалось обычное право.

Приспособление мусульманского права к изменяющимся условиям производилось не только, с помощью актов суверена, обычаев и соглашений, но и с помощью так называемых юридических стратагем и фикций. Суть их заключается в том, чтобы, используя сложившиеся в правоприменительной практике многих мусульманских стран традиции, учитывать прежде всего букву, а не дух закона, внешние обстоятельства рассматриваемых дел, а не побудительные мотивы, обходить всякого рода приемами и оговорками действующие нормы мусульманского права. Например, запретительную норму на аренду земли обходят, не нарушая законодательства, путем замены ее на разрешенный законом договор товарищества. Запрет Кораном ростовщичества, выдачи займа под процент обходится путем ограничительного толкования круга лиц, на который он распространяется. Утверждается, что данный запрет распространяется лишь на частных лиц, но не на банки и другие соответствующие им институты.

Всякого рода запретительные и ограничительные нормы в мусульманском праве обходятся также с помощью учета и использования того обстоятельства, что данное право, в основе которого лежат положения и догмы ислама, распространяется лишь на мусульман. Например, запрет на договор страхования между мусульманами обходится путем заключения его между мусульманином и немусульманином.

Существование многочисленных путей и приемов обхода канонов мусульманского права, использование для этого обычаев, соглашений и иных форм со всей очевидностью свидетельствует о том, что жизнь всегда была и остается гораздо сложнее и разнообразнее, чем она представляется в этических, религиозных или юридических догмах. Не случайно поэтому то, что ни в одной стране мусульманского права данная правовая система никогда не существовала в чистом виде, а всегда дополнялась и изменялась с помощью обычаев, договоров, соглашений, административных решений и других актов, содержащих позитивные нормы.

§ 2. Соотношение религиозного мусульманского права и светского права мусульманских государств

Отечественные и зарубежные ученые-юристы исходят из того, что не следует смешивать мусульманское (религиозное) право с позитивным правом, с позитивными правовыми системами мусульманских стран. Необходимо различать два близко стоящих друг к другу, но далеко не идентичных понятия: «мусульманское право» и «право отдельно взятых мусульманских стран»¹. Такое различие существует не только в теории, но и в жизни каждой мусульманской страны, ибо, как в христианских и других странах, в исламе гражданское общество никогда не смешивалось с религиозным сообществом и живет преимущественно по своим писанным и неписанным законам, а отнюдь не только по религиозным канонам. Отмечая это обстоятельство, Р. Давид вполне резонно замечает, что гражданское общество в мусульманских странах «всегда живет под властью обычаев или законов», которые, безусловно, опирались в общем на принципы мусульманского права и отводили им серьезную роль. Однако в различные эпохи, в определенных странах и по определенным вопросам они в то же время могли отходить от ортодоксальных положений и входить в противоречие с принципами и нормами религиозного мусульманского права. Даже тогда, когда мусульманское право обладало самым высоким авторитетом, далеко не все его элементы имели одинаковое практическое значение.

В «смеси» правовых, моральных и религиозных положений и норм, составляющих мусульманское право, всегда были и есть юридические положения, предписания определенного поведения, нормы нравственной дисциплины².

По мере развития общества дуализм правовых систем мусульманских стран не только не сокращался и не ослабевал, а наоборот, все более расширялся и возрастал. Это объясняется многими причинами, в первую очередь усложнением социально-экономических, политических и иных отношений внутри самого общества, которые на определенном этапе уже не могут регулироваться

¹ Подробнее см.: Проблемы теории государства и права: Учебное пособие / Под ред. М.Н. Марченко. – М.: Юрист, 2001. – С. 455.

² Давид Р. Основные правовые системы современности. – М., 2009. – С. 362.

только с помощью религиозных норм и догм. Это объясняется также расширением и углублением связей между разными, в том числе исламскими и неисламскими, странами, объективно требующими развития не столько религиозного, сколько светского нормотворчества. Наконец, далеко не второстепенными причинами усиления правового дуализма в мусульманских странах являются факторы объективного «врастания» мусульманского права в правовые семьи и системы других стран, факторы вестернизации, влияние западного права на правовые системы мусульманских стран.

Есть и другие причины усиления дуализма и приспособления правовых систем, существующих в мусульманских странах, к изменяющейся в мире экономической и социально-политической среде. Их много, и они весьма разнообразны. Но все они вместе и каждая в отдельности обусловили в ряде мусульманских стран радикальную модернизацию правовых систем, проведение во многих из них прозападных правовых реформ, кодификацию законодательства, реорганизацию судебных систем и пр.¹

Следует отметить и обратные процессы. Если мусульманское право подверглось вестернизации, то некоторые правовые институты ряда немусульманских стран охватила за последнее столетие исламизация. В связи с этим некоторые западные авторы предрекают, что развитие современных правовых систем будет непременно включать не только рецепцию западных правовых институтов, вестернизацию, но и одновременно исламизацию.

Список рекомендуемой литературы:

ал-Хушани, Мухаммад ибн Харис. Книга о судьях (Китаб ал-кудат) / Мухаммад ибн Харис ал-Хушани; пер. с араб., предисл., примеч. и указ. К.А. Бойко; РАН, Отделение истории, Ин-т востоковедения. – М.: Наука, 1992. – 231 с.

Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид; Пер. с фр. и вступ. ст. В.А. Туманова. – М.: Прогресс, 1988. — 496 с.

Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жофре-Спинози; Пер. с фр. В.А. Туманова. – М.: Междунар. отношения, 2009. – 456 с.

¹ Мухоммад Ал-Хушани. Указ. соч. С. 14.

Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / Решетников Ф.М., Батлер У.Э., Бойцова В.В. и др.; Отв. ред. А.Я. Сухарев. – М.: НОРМА. Издат. группа «НОРМА - ИНФРА-М», 2000. – 833 с.

Решетников Ф.М. Правовые системы стран мира: Справочник / Ф.М. Решетников. – М.: Юридическая литература, 1993. – 255 с.

Саидов А.Х. Введение в основные правовые системы современности / А.Х. Саидов; АН УзССР, Ин-т философии и права. – Ташкент: Фан, 1988. – 217 с.

Саидов А.Х. Сравнительное правоведение и юридическая география мира / А.Х. Саидов; РАН, Ин-т государства и права. – М., 1993. – 148 с.

Сюкияйнен Л.Р. Шариат: религия, нравственность, право / Л.Р. Сюкияйнен // Государство и право. – 1996. – № 8. – С. 120-128.

Сюкияйнен Л.Р. Мусульманское право: Вопросы теории и практики / Л.Р. Сюкияйнен; АН СССР, Ин-т государства и права. – М.: Наука, 1986. – 256 с.

Сюкияйнен Л.Р. Шариат и мусульманско-правовая культура / Л.Р. Сюкияйнен. – М.: Ин-т государства и права РАН, 1997. – 46 с.

Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2 т. Т.1, Основы: Пер. с нем. / К.Цвайгерт, Х. Кётц. – М.: Международные отношения, 1998. – 479 с.

Глава 11. Индусское право и национальное право Индии

§ 1. Особенности и источники индусского права

Индусское право в сравнительном правоведении является весьма важной сферой исследования. В настоящее время оно охватывает около миллиарда индусов, большая часть из которых проживает в Республике Индия. Оставшиеся индусы представлены в виде национальных меньшинств в таких странах как Пакистан, Бирма, Сингапур, Малайзия и т.д. Таким образом, индусское право применяется независимо от национальной принадлежности и местожительства ко всем индусам – людям, принимающим сложную и оригинальную совокупность религиозных, философских и социальных взглядов, называемую индуиз-

мом. Индусское право распространяется на всех выходцев из Индии, исключая приверженцев ислама, христианства, иудаизма, парсизма¹.

Первая особенность индусского права заключается в том, что это право общины исповедующей индуизм.

Классическое индусское право отличается глубокими религиозно-нравственными истоками. Индуизм признает первенствующую роль заповедей и нравочучений для разных каст, являющихся слоями общества. Духовные книги служили важнейшими путеводителями людей и способствовали внедрению в их сознание и поведение представлений о справедливости, совести. Обычаи и решения каст, подкаст, общин служили разрешению споров. Послушание человека как части целого формировалось «изнутри», поэтому правовые нормы, судебные споры и прецеденты долгое время не играли заметной роли².

Основу индуизма составляют учения о перевоплощении души и карме. Лишения в нынешней жизни или низкое положение в обществе – это искупление грехов, совершенных в прошлых воплощениях. Учение о карме является оправданием кастовой структуры индусского общества. В 1949г. был принят закон, который закрепил, что брак не может быть признан недействительным лишь на том основании, что заключен между представителями различных каст, подкаст или сект. На основе положений индийской Конституции 1950 года отменены правила, регулировавшие привлечение к ответственности за нарушение понятий о кастовой принадлежности. Однако в сельской местности по-прежнему придерживаются традиционных правил поведения³.

Индийское право отличается от индусского права тем, что индийское право представляет собой национальное право, совокупность норм, действующих на территории всего государства⁴.

¹ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юрист, 2007. – С.402.

² См.: Там же. – С.402-403.

³ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юрист, 2007. – С.403-404.

⁴ См.: Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / Решетников Ф.М., Батлер У.Э., Бойцова В.В. и др.; Отв. ред. А.Я. Сухарев. — М.: НОРМА. Издат. группа "НОРМА - ИНФРА-М", 2000. — С. 225.

Главная и вторая особенность классического индусского права – тесное сплетение с религией. Индусское право является составной частью индуизма, куда также входят религиозные верования и обряды, моральные, философские и другие идеологические ценности, предполагающие определенный образ жизни, определенный общественный порядок, социальную организацию и структуру¹.

Наконец, следующая особенность индусского права это уникальная система источников.

Нормы, закрепляющие поведение людей, изложены в книгах, именуемые шастры. Можно выделять три вида шастр, поскольку мир покоится на трех основах, а поведение людей можно определить тремя движущими силами: добродетелью, интересом и удовольствием. В частности, шастры, которые учат людей, как они должны себя вести, чтобы быть угодными богу, – это наука дхарма. Другие шастры учат, как разбогатеть, и искусству руководить – это наука артха (наука пользы и политики). Шастры развивают также науку удовольствий – кама. Все три шастры легитимны, и естественный порядок вещей требует, чтобы люди надлежащим образом соблюдали их. Только нормы кама являются общими для мужчин и женщин. В остальном человек должен вести себя так, как это предписано социальной касте, к которой он принадлежит: брахман – в соответствии с дхармой, правители и торговцы с артхой и так далее².

Дхарма основана на веровании, что существует всемирный порядок, который вытекает из природы вещей и необходим для сохранения мира. Дхарма говорит о поведении людей, не различая религиозных и юридических обязанностей. Основным стержнем дхармы является комплекс обязанностей, соблюдение которых обязательно для всех тех, кто не хочет покрыть себя позором и думает о потустороннем мире. Авторитет дхармы основан не на обычае, а на почитании тех, кто создал эти правила³.

¹ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юрист, 2007. – С.404

² См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - С.369-370.

³ См.: Там же. – С.370-371.

Дхармы содержатся в специальных трактатах, именуемых дхармашастры, которые весьма многочисленны. Среди них можно отметить законы Ману, законы Яджнавалкья, законы Нарада. Авторитет того или иного трактата, излагающего дхарму, установлен традицией. Дхармашастры, признанные таковыми, составляют единое целое независимо от даты составления каждой из них. Познание дхармы предполагает учет всего этого комплекса. Знание дхармы нельзя почерпнуть из одного труда, шастры освещают и дополняют одна другую¹.

От дхармашастр нельзя отделить нибандхазы, которые являются как бы комментариями дхармашастр. Цель нибандхаз заключается в том, чтобы разъяснить часто неясный смысл дхармашастр, сделать их понятными простым людям, разрешить противоречия между дхармашастрами. Одни нибандхазы охватывают целый комплекс дхарм, другие рассматривают только один какой-либо институт. Дхармашастры и нибандхазы многочисленны. В одной местности отдают предпочтение одним из них, в другой – другим. В индусском праве существуют в этой связи две главные школы: Митакшара (преобладает в Индии и Пакистане) и Дайябхага (преобладает в Бенгалии, Ассаме)².

Жизнь в этом мире не урегулирована и не может быть урегулирована одной только дхармой. Дхарма допускает обычай. Если обычай молчит, то решение следует искать в дхармашастрах. Если и здесь нет решения, то следует обратиться к разуму и справедливости. Обычаи создаются на протяжении веков. Они исходят из условия места и времени и поэтому не связаны с божественным предписанием, лежащим в основе дхармы. Позитивное индусское право – это обычное право, в котором доминирует религиозная доктрина – индуизм. Обычаи разнообразны, каждая каста или подкаста следует своим собственным обычаям³.

Судебные прецеденты и законодательство дхарма и доктрина индуизма не считают источниками права. Конечно, правителям можно законодательствовать. Однако искусство управления и институты публичного права восходят не

¹ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - С.371.

² См.: Там же.

³ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - С.371-372.

к дхарме, а к артхе. Дхарма требует повиновения легитимным приказам правителя, но последние не могут оказать на нее никакого воздействия. Законы и приказы вызваны временной необходимостью и изменяются в связи с конкретными обстоятельствами. Судьям предоставлено широкое усмотрение, чтобы всеми способами примирить справедливость и власть. Не может претендовать на роль источника индуcского права и судебная практика. До появления судов европейского типа ее практически не было. Правосудие было в основном устным, и решения сводились лишь к постановляющей части¹.

§ 2. Мусульманское и английское влияние на развитие индуcского права

Мусульманское господство, установившееся в Индии в XVI веке, повлекло упадок индуcского права и внедрение мусульманского права. Там, где преобладало мусульманское население, мусульманское право в качестве официального заменило индуcское право, но не применялось, когда это касалось прав личности. При этом официальные суды не рассматривали споры между индусами, ими занимались почетные лица деревни или касты. Так как большинство населения составляли индусы, по-прежнему действовало и индуcское право, но и оно заимствовало некоторые институты (например, завещание)².

Английские власти не пытались распространять на новых подданных действие английского права. Они не были против применения в отношении населения Индии, особенно в сфере частного права, более знакомых для местных жителей правовых норм. Тем не менее, влияние английского господства на развитие индуcского права было двояким. Так, с одной стороны, был официально признан авторитет индуcского права. Английские власти признали равное значение мусульманского и индуcского права тогда, когда английским судам было предоставлено право также рассматривать споры, не затрагивающие интересов англичан. С другой стороны, английское господство было губительным для развития индуcского

¹ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - С.371-372.

² См.: Там же. - С.373.

права. Последнее подверглось глубокой трансформации. В результате действие индусского права было ограничено регламентацией узкого круга отношений. Наиболее важные сферы общественной жизни подпали под действие нового территориального права, применявшегося ко всем гражданам Индии¹.

Слиянию индусского, мусульманского и английского общего права способствовало то, что в Индии не существовало отдельной системы религиозных судов. В области права собственности и обязательственного права традиционные нормы вскоре были заменены нормами английского общего права. Область семейного и наследственного права, напротив, входила в сферу действия индусского права. При этом английским судьям было нелегко применять неизвестные для них правовые нормы. Поэтому к судьям прикрепили пандитов – индусов, способных дать информацию по нужному вопросу. От этой практики отошли в 1864г. К этому времени судьи приобрели опыт, и накопились судебные прецеденты. Тем не менее, правило судебного прецедента имманентное английскому общему праву вовсе не свойственно индусскому праву, которое не считает судебное решение обязательным. В Индии прецедентное право начало взаимодействовать с нормами индусского и мусульманского права².

Английские судьи были недостаточно подготовлены к тому, чтобы применять положения дхармы. На английский язык была переведена лишь одна треть или максимум половина дхармашастр. Таким образом, судьи могли лишь частично познакомиться с системой, которая требует абсолютно полного знания ее источников. Когда английские судьи стремились применять обычай, то они исходили из описаний обычаев в работах, написанных европейцами, которые не всегда видели и понимали индусские понятия и обычаи во всей их сложности. Английские юристы придавали судебным прецедентам такой авторитет, который за ними не признавала индусская традиция. Необходимость

¹ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. – С.373-374.

² См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – С.407.

применять английскую терминологию, малопригодную для понятий индуcского права, было другой причиной искажения индуcского права¹.

Изменения привели к уменьшению разнообразия местных обычаев, которые сами индуcы считали злом. Они часто способствовали эволюции, которую многие считают благотворной. Одобрение индуcских юристов вызывают и изменения, внесенные судебной практикой в сферу семейной собственности или в принцип индуcского права, обязывающий сына оплатить долги отца. Судьи смогли в этих областях сохранить основные идеи индуcского права. Иногда суды только признавали значение новых обычаев, приемлемых с точки зрения индуcского права. В частности, они признали действительность завещания, совершенного индуcом, когда практика завещаний, ранее не известная индуcскому праву, уже получила фактическое распространение².

Другой тенденцией развития индуcского права в период английского господства стало ограничение действия индуcского права. В то время когда англичане появились в Индии, индуcское право не получило достаточного развития и регулировало далеко не все сферы жизни. Например, неуплата долга рассматривалась дхармой как грех, за который человека постигнет возмездие в потусторонней жизни. Британская завоевание прервало самобытную эволюцию индуcского права, которое по мере своего самостоятельного развития могло бы охватить новые сферы общественных отношений. После завоевания индуcское право применялось судами в строго ограниченных сферах: наследование, брак, касты, религиозные институты³.

Английские власти в определенной степени модифицировали правовой статус личности. Однако попытки вмешаться путем законодательства в сферу действия индуcского права были очень сдержанными. В частности, в 1856г. закон отменил запрет вдовам вновь вступать в брак. Он оказался неэффективным, так как вступал в противоречие с традициями индийского общества. В 1929г. закон установил возраст для вступления в брак (18 лет для мужчин и 14 лет для

¹ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - С.375-376.

² См.: Там же. - С.376.

³ См.: Там же. - С.376-377.

женщин). Реализация данного закона обеспечивалась уголовными санкциями, но на практике ничего не изменилось¹.

Наиболее значительные законодательные работы были проведены в тех областях, где наметилась линия на формирование англо-индийского права. В некоторых случаях здесь продолжали существовать понятия индусского права. Так, суды Бомбея и Калькутты продолжали и после принятия Закона о договоре 1872г. применять норму о так называемом *damdupat*, согласно которой проценты ни в коем случае не могут превышать сумму долга².

§ 4. Особенности правовой системы современной Индии

После достижения независимости индусское право претерпела новые значительные изменения, коснувшиеся как принципов и источников, так и многих институтов и норм. После провозглашения независимости в 1947г. правительство Индии представило на рассмотрение парламента проект Индусского кодекса. Проект был провален консервативными силами, но принятые вместо него в 1953-1956гг. четыре закона, посвященные семейному и наследственному праву, означали кодификацию индусского права в его современном варианте³.

Современное индусское право используется в следующих сферах: 1) семейное право – законность детей, опекунов, усыновление, брак, семья из трех и более поколений и раздел имущества, наследование имущества умершего, включая неделимое, пережившими его родственниками; 2) семейные общественные вопросы (религиозные и благотворительные пожертвования); 3) вопросы имущественного характера – преимущественное право на покупку, клятвы и так далее; 4) кастовое право и отлучение. Индусские идеи сохранились также в концепции государственного землевладения⁴.

Превращение Индии в независимое государство не предполагает отказа от укоренившихся правовых концепций и принятого в колониальный период

¹ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. – С. 377-378.

² См.: Там же. С. 378.

³ См.: Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / Решетников Ф.М., Батлер У.Э., Бойцова В.В. и др.; Отв. ред. А.Я. Сухарев. — М.: НОРМА. Издат. группа "НОРМА - ИНФРА-М", 2000. — С. 224.

⁴ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юрист, 2007. – С.410.

законодательства. В Конституции Индии 1950г. содержится положение о том, что созданное ранее право продолжает действовать; в то же время Верховный суд Индии определил, что британские акты применяются, если не противоречат национальному суверенитету. На протяжении второй половины XX в. правовая система Индии эволюционировала, опираясь на ценности традиционного индусского и адаптированного общего права, а также широко используя опыт других правовых систем¹.

В целом влияние английской правовой культуры остается значительным. Индия связана с общим правом не только концепциями, понятиями и юридической техникой. Их объединяет и схожее понимание системы функционирования органов правосудия, то внимание, которое придается отправлению правосудия, судебной процедуре. Психология индийских юристов и судей в целом такая же, как и у их английских коллег; тот же престиж имеет судебный процесс².

Система источников права Индии также эволюционировала. Главными среди них являются закон и судебный прецедент. Контроль за конституционностью законов осуществляет Верховный суд. Что касается такого источника права как судебный прецедент, то Конституция Индии установила, что суды страны должны следовать прецеденту, созданному Верховным судом. Решения Высокого суда штата обязательны для всех нижестоящих судов в соответствующем штате. Высокий суд в отличие от Верховного суда связан собственными решениями; в то же время решения Высокого суда одного штата не обязательны для Высокого суда другого. При этом правило прецедента в Индии отличается от того, что есть в английском праве. Правилу прецедента придан официальный характер, которого оно не имело даже в Англии. С 1845г. в Индии публикуются сборники судебных решений и многочисленные частные сборники. С 1861г. публикация официальных сборников считается одной из обязанностей администрации: она должна знакомить как с правом судебной практики, так и с законодательством. Отсутствует разделение на общее право и право справедливости.

¹ См.: Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / Решетников Ф.М., Батлер У.Э., Бойцова В.В. и др.; Отв. ред. А.Я. Сухарев. — М.: НОРМА. Издат. группа "НОРМА - ИНФРА-М", 2000. — С. 225.

² См.: Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / Решетников Ф.М., Батлер У.Э., Бойцова В.В. и др.; Отв. ред. А.Я. Сухарев. — М.: НОРМА. Издат. группа "НОРМА - ИНФРА-М", 2000. — С. 225.

вости; в Индии не было судов по применению норм справедливости. Важную роль в установлении индийского права сыграл обычай; однако в настоящее время его значение невелико. Он находится в подчиненном положении к писаному праву в сфере не только территориального, но и личного права, что специально закреплено в Законе о шариате 1937г., а также в кодексах индусского права 1955-1956 гг.¹.

Список рекомендуемой литературы:

Богдановская И.Ю. Прецедентное право / И.Ю. Богдановская; РАН, Ин-т государства и права. – М.: Наука. ИФ «Наука – философия, право, социология и психология», 1993. – 237 с.

Басу Дурга Дас. Основы конституционного права Индии / Дурга Дас Басу; Пер. с англ. С.Ю. Кашкина, З.И. Луковниковой; Под общ. ред. М.М. Сайфулина. – М.: Прогресс, 1986. – 661 с.

Давид Р. Основные правовые системы современности / Р.Давид, К. Жоффре-Спинози; Пер. с фр. В.А.Туманова. – М.: Междунар. отношения, 2009. – 456 с.

Жидков О.А. История государства и права Древнего Востока / О.А. Жидков. – М.: Наука, 1963. – 92 с.

Крашенинникова Н.А. Индусское право: история и современность / Н.А.Крашенинникова. – М.: Изд-во МГУ, 1982. – 192 с.

Куценков А.А. Эволюция индийской касты / А.А. Куценков. – М.: Наука, 1983. – 324 с.

Малько А.В. Сравнительное правоведение: учебно-методический комплекс / А.В. Малько, А.Ю. Саломатин. – М.: Норма, 2008. – 352 с.

Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / Решетников Ф.М., Батлер У.Э., Бойцова В.В. и др.; Отв. ред. А.Я. Сухарев. – М.: НОРМА. Издат. группа "НОРМА - ИНФРА-М", 2000. – 833 с.

Решетников Ф.М. Правовые системы стран мира: Справочник / Ф.М. Решетников. – М.: Юридическая литература, 1993. – 255 с.

¹ См.: Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / Решетников Ф.М., Батлер У.Э., Бойцова В.В. и др.; Отв. ред. А.Я. Сухарев. — М.: НОРМА. Издат. группа "НОРМА - ИНФРА-М", 2000. – С.225-226.

Саидов А.Х. Введение в основные правовые системы современности / А.Х. Саидов; АН УзССР, Ин-т философии и права. – Ташкент: Фан, 1988. – 217 с.

Саидов А.Х. Сравнительное правоведение и юридическая география мира / А.Х. Саидов; РАН, Ин-т государства и права. – М., 1993. – 148 с.

Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / А.Х. Саидов; отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – 510с.

Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2т. Т.1, Основы: Пер. с нем. / К. Цвайгерт, Х. Кётц. – М.: Международные отношения, 1998. – 479 с.

Глава 12. Обычное право Африки

§ 1. Доколониальный период развития

Африканская правовая семья охватывает правовые процессы на громадном континенте. Исторические племена и народности этого континента придерживались таких «вечных» источников регулирования жизни, как приверженность общности людей (рода, племени, семьи, селения) и почитание предков. Нерасчлененность – социальная и психологическая – обусловила акцент на обязанностях людей, причем скорее моральных, чем юридических. Субъективные права оставались неизвестными африканскому мышлению, что не способствовало развитию юридической науки, юридических профессий и учреждений вплоть до XX века.

На современном этапе в результате долгой эволюции обычное право сочетается с мусульманским, индусским, романо-германским правом. При этом следует отличать обычное право стран Африки (которое претерпевает глубокие изменения) и право африканских государств. Под обычным правом следует понимать традиционное право, существовавшее у африканских народов до колонизации. Сложность его изучения обусловлена отсутствием письменных источ-

ников права. При этом оно весьма разнообразно, поскольку даже одно государство может быть заселено различными народами и этническими группами¹.

Обычаи Африки были многочисленны. Каждая из общин имела собственные традиции и обычаи. Различия между обычаями одного района или одной этнической группы были незначительными, но они могли стать значительными вне этих границ. В Африке имелись народности с монархическим и демократическим режимами. В то же время в достаточном количестве существовали первобытные племена, где с трудом можно найти элементы какой-либо политической организации. Семья в Африке была иногда матриархальной, иногда патриархальной, причем оба эти типа встречались в многочисленных вариантах. Использование земли осуществлялось в разных местах по различным нормам².

В течение многих веков повиновение обычаю было добровольным. Каждый считал себя обязанным жить так, как жили его предки; чаще всего было достаточно боязни сверхъестественных сил, чтобы заставить уважать традиционный образ жизни. Если новые обстоятельства ставили перед данным сообществом какую-либо проблему, то известный уровень социальной организованности позволял принять необходимые меры или установить определенный вариант поведения.

Признавая обилие обычаев на континенте, разделенном на множество общин, многие исследователи, тем не менее, констатируют, что есть определенные черты, отличающие африканское право от европейского права.

В представлении африканца обычай связан с мифическим строем универсума. Повиновение обычаю означает уважение предков, останки которых слились с почвой, а дух витает над живыми. Нарушение обычая может повлечь негативную реакцию духов земли, ибо естественное и сверхъестественное – поведение людей и природные процессы – все связано в этом мире.

Статичное мировоззрение африканцев не знает идеи прогресса и неблагоприятно относится ко всякому действию (например, к продаже недви-

¹ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности). - М., 2007. - С.426.

²См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. – С. 426-427.

мости), институту (например, к давности), в результате которого изменяется сложившаяся ситуация. Интерес африканцев сосредоточен на группах (триба, каста, деревня и т.д.), взятых вне времени, а не на их более изменчивых элементах, как индивид или семья. Земля принадлежит в большей мере предкам и будущим поколениям, чем ныне проживающим на ней. Брак – это скорее альянс двух семей, чем союз двух людей. Нельзя сказать, что личность полностью игнорируется, но в отношении внешнего мира в качестве единого субъекта выступает группа.

Африканская концепция социального порядка¹ оставляет мало места понятию субъективных прав, т.к. основной упор сделан на обязанностях. Тем более не известно деление права на публичное и частное, гражданское и уголовное, на право и справедливость. Имущественное и обязательственное право привязаны к статусу, то есть неотделимы от личных прав. Нарушение обычая влечет за собой не столько попытку восстановить право, сколько стремление примирить заинтересованных лиц. В африканской среде «справедливо» то, что обеспечивает сплоченность группы и восстанавливает согласие между ее членами. Туземное правосудие выступает скорее как институт примирения, чем как институт применения строгого права. Отсутствие действенного механизма исполнения решений делает еще более необходимым достижение согласия: решение, основанное лишь на властных началах, рискует остаться бездейственным. Дух, характерный для африканского общества, таков, что индивид, в пользу которого вынесено решение, отказывается от того, чтобы оно было исполнено.

Изучение обычаев весьма затруднительно не только в силу их количественного разнообразия, но и сложностью перевода с использованием европейской терминологии. Использование конструкций западного права ведут лишь к полной деформации понятий обычного права. Это отчетливо видно на примере семейного права. Например, приданое в Африке не имеет ничего общего с приданым по мусульманскому праву, а тем более римскому праву. Порядок наследования опреде-

¹См. подробнее: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А.Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. – С. 427-428.

ляется правилами, которые мы нередко почти не понимаем. Идея о том, что индивид может быть собственником земли, противоречит укоренившимся у жителя Африки представлениям. Так же трудно установить, в какой мере обычай, о котором рассказано в устной форме, действительно соответствует действующему обычаю, и в особенности обычаю, применяемому судами.

Обычай в Африке остался устным. Мальгашские кодексы и законы не представляют собой настоящего исключения; они говорят лишь о некоторых частных решениях и регламентарных правилах. Социальный же порядок детально урегулирован так называемыми *фомба*, соответствующими китайским правилам или японским *гири*.

Заботами французской колониальной администрации были подготовлены многочисленные (примерно 150) «сборники обычаев». Опубликована лишь половина из них, и ценность сборников неодинакова. В английской Африке в колониальный период обычаями интересовались мало. Лишь совсем недавно появились работы этнологов и юристов, позволяющие увидеть все разнообразие обычаев и понять их механизм и дух.

Еще до колонизации в Африке ощущались посторонние влияния, что обусловлено распространением христианства и ислама.

Распространение христианства в Африке происходило в течение двух периодов. Эфиопия стала христианской страной в начале IV века. Обращение в христианство других частей Африки, напротив, имело место в связи с появлением в этих странах европейцев главным образом в XIX веке. Среди жителей Африки ныне 30% – христиане. Исламизация началась в XI веке и затронула главным образом страны Западной Африки, позднее (XIV-XV века) – Сомали и берега Индийского океана. 35% жителей Черной Африки – мусульмане.

Ни христианство, ни ислам не одержали полной победы, но обе эти религии постепенно оказали значительное, хотя и различное влияние на население большей части Африки. Обычаи зачастую продолжали действовать, даже если они и противоречили новой вере. Как в исламских, так и в христианских странах считалось, что человек греховен и человеческие общества являются в Африке градом

Господним не более чем в остальном мире. Кроме того, обычаи, даже если им и продолжали по-прежнему следовать, потеряли в глазах населения былую неразрывную связь со сверхъестественными силами. Вместо того, чтобы казаться данными миропорядком, они стали признаком несовершенного общества¹.

Авторитет обычаев был разрушен, как только получила распространение идея нового социального и морального порядка. Идея права проложила себе путь в Африке, как и в Европе: христианизация и исламизация лишили обычаи их сверхъестественного и магического основания, открыли путь к их упадку.

§ 2. Колониальный период развития

Колонизация Африки в XIX в. внесла существенные перемены в жизнь континента. Давление и влияние права колониальных держав становилось доминирующим. Причем в странах франко-испано-португальской юрисдикции действовали постулаты «метрополия – колония» с некоторым признанием местных обычаев. Политика ассимиляции основывалась на двойном постулате – равной ценности всех людей и превосходстве европейской цивилизации, и существовала до конца колониальной эпохи. Конституция Франции 1946 года провозгласила, что туземцы сохраняют свой личный статус в том случае, «если они от него не отказываются».

Не многим отличалось положение в Бельгийском Конго, с той лишь разницей, что принцип уважения туземных обычаев был в этой стране подтвержден ранее: в связи с образованием независимого государства Конго в 1885 году и колониальной хартией от 18 октября 1908 г. В Бельгийском Конго, как и во французских владениях, ассимиляция рассматривалась как нормальное завершение цивилизаторских действий, и метрополия непосредственно брала в свои руки управление страной.

Англичане, напротив, проводили политику косвенного управления. Английское право допускало отношения по принципу более мягкого протектората:

¹ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. – С. 430.

обычное право вытеснялось и ограничивалось; появлялись администраторы и судьи классического типа, получившие образование в западных странах.

Несмотря на различный порядок управления, практика была в значительной мере одинакова. Кроме того, те и другие распространили на колониальные владения нейтралистские и децентрализованные концепции, которые они применяли на своих территориях относительно местных территориальных образований. Страны Африки, входившие в Британскую империю, считают себя сейчас странами общего права, а страны, входившие во Французскую империю – старое Бельгийское Конго, Руанда и Бурунди, – примыкают к системе романского права.

Первоначально обычай в Африке регламентировал все общественные сферы. Традиционное право в самых разных вопросах отражало ту концепцию общества, которой придерживались деревня или племя. Однако оно не было пригодно к приспособлению к тому типу нового общества, которое утвердилось в XIX - XX веках.

Развитие права в некоторых областях (например, торгового права) было просто необходимо. Обычное право не давало никакой базы. Все акционерное право, патентное и морское право, нормы о ценных бумагах должны были быть «импортированы» с Запада. Работа традиционно рассматривалась в Африке не как способ заработать себе на жизнь, а как основанный на соблюдении обычаев образ жизни в союзе с силами природы. Здесь была немыслима идея договора, по которому кто-то обязывался за вознаграждение работать на другого. Отсюда – необходимость с появлением оплачиваемой рабочей силы нового для стран Африки трудового права. Западное право было необходимо, чтобы регулировать жизнь европейцев и их отношения с туземцами, а также отношения между туземцами, входящими в общества с различными обычаями.

Наконец, для применения нового права, импортированного с Запада, были непригодны правосудие и процессуальные нормы, выросшие на базе обычного права. Во всех странах Африки помимо традиционных органов разбирательства споров были созданы суды европейского типа, компетентные во всех случаях, где нормы обычного права не могли применяться: споры, в которых

одной из сторон являются неафриканцы, споры, затрагивающие новые типы отношений, не урегулированные обычным правом.

Торговля со странами Африки, эксплуатация их ресурсов потребовали современной администрации, что ознаменовало разрыв с традиционными институтами. Местные руководящие органы были реорганизованы и поставлены под контроль, а иногда просто уничтожены. Были созданы местные ассамблеи нового типа. Совершенно по-новому были организованы службы финансовые, полицейские, здравоохранения, просвещения и публичных работ. При этом никакой базы для их построения традиционная структура не давала.

В области уголовного права державы-колонизаторы стремились с самого начала запретить некоторые варварские обычаи и пресечь злоупотребления ими. Постепенно с 1946 года с некоторым учетом местных нравов во всей французской Западной Африке стал применяться французский Уголовный кодекс. Суды французского права также получили исключительную компетенцию в сфере уголовного права. В английской Западной Африке были введены уголовные и уголовно-процессуальные кодексы, основанные на английском уголовном праве. Исключение составила Сьерра-Леоне, где и без выработки кодекса вступило в действие общее право.

В результате действия нового права обычное право во французской Африке оказалось сведенным практически лишь к области частного права, регулирующего семейные отношения, режим землепользования и гражданско-правовые обязательства. Аналогичная ситуация наблюдалась в английских и португальских владениях, тогда как в Бельгийском Конго обычное право сохранило значение и в области уголовного права.

Следует учесть, что и в областях, где продолжало соблюдаться обычное право, оно могло заменяться правом западного типа иными путями. Туземцам во французских, бельгийских владениях была предоставлена возможность подчиниться европейскому статусу¹. Иначе обстояло дело в английских колониях. Ту-

¹ Законодательство Бельгийского Конго различало гражданский статус, приобретенный путем внесения в специальный список, и промежуточный статус, предоставляемый обладателям особого «удостоверения граждан-

земцы не могли здесь в общем порядке поставить себя под действие «современного права». Но такая возможность предоставлялась им в отношении некоторых действий и некоторых законов. Так, например, они могли заключить договор или вступить в брак «по-европейски» со всеми вытекающими отсюда последствиями.

Новое право западного образца отражало юридические концепции страны-метрополии, но с некоторыми оговорками. Например, применение права метрополии во французской Западной Африке не было автоматическим и полным. Кодексы и законы метрополии применялись лишь в той степени, в какой декрет специально предписывал их применение на различных территориях. Державы-колонизаторы не только выработали новое право в областях, на которые никогда не распространялись обычаи, и где обычай не давал достаточной базы для ставшей необходимой регламентации. Они исключали применение обычного права во многих областях, где оно существовало, но где его нормы оказались неприемлемыми для европейских правителей.

Во французской Западной Африке был принят ряд мер, направленных на улучшение положения женщины. Однако многие из соответствующих предписаний не действовали. В английской Западной Африке суды имели право отказываться от применения обычая, противоречащего справедливости или совести, но использовали это весьма умеренно. Роль обычаев постепенно снижалась. Колонизаторские власти провозгласили уважение обычаев, но меры, которые они проводили в развитие этого принципа, привели к обратному результату.

Одной из таких мер была реформа судов, призванных применять обычное право. Традиционные органы были заменены администраторами, которым ассистировали «заседатели», знающие обычное право. Так произошло во французской Африке. В целом в английской и во французской Западной Африке обычное право лишили его естественных свойств и исказили его применение. Стремясь исключить произвол и гарантировать правовые отношения, изменили условия деятельности и саму роль туземных судов. Из них хотели сделать га-

ских заслуг». См. подробнее: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. – С. 433-436.

ранта признанных за индивидом субъективных прав, и тем самым они лишились своей традиционной роли примирителя конфликтов. Постепенно они становились институтом, сохранившим в себе очень мало от традиционного правового обычая.

§ 3. Период становления независимых государств

Новый этап развития африканского права связан с получением государствами Африки независимости. И здесь примечательны две тенденции. С одной стороны, сохранялись почти без изменений прежние принципы, законы и иные акты, привнесенные из европейских правовых систем. С другой стороны, интенсивно развивается новое право молодых африканских государств, причем в русле стран социалистической и капиталистической ориентации. В юридических научных исследованиях 60–80-х гг. дуализм правового развития был проанализирован весьма обстоятельно, касалось ли это модификаций публичного права (концепция партии – государства и др.) или более однозначного использования институтов частного права.

Все право западного толка, установленное державами-колонизаторами, было подтверждено в новых государствах, и даже в странах, провозгласивших себя социалистическими, ни один человек не выступил с требованием его отмены. Напротив, принятые меры отчетливо свидетельствовали о стремлении сохранить и усовершенствовать «современное право», введенное в эпоху колониализма.

Руководители независимых государств куда больше, чем их европейские предшественники, были озабочены тем, чтобы обеспечить развитие своих стран, а также упрочить их традиционно сложившиеся ценности. Отсюда – мощная волна реформ, затронувших как публичное, так и частное право.

В сфере публичного права западная конституционная модель плюралистической демократии оказалась неприемлемой для африканского общества. От нее отказались во всех странах, предпочтя президентский режим, часто представлявший собой диктатуру, исключаящую участие граждан в осуществлении власти¹.

¹ Чиркин В., Юдин Ю. Государство социалистической ориентации. – М., 1974.

В сфере частного права, с одной стороны, очевидно стремление реабилитировать обычай и подтвердить свою приверженность принципам и моральной ценности обычного права, с другой стороны, все согласны с необходимостью отказаться от ряда норм, укрепить единство страны с помощью национального права, выступающего в качестве инструмента революционной трансформации, но в таком качестве отходящего от обычая¹.

Вместе с независимостью возобладало новое отношение к традиционному праву. Деколонизация сопровождалась многими декларациями о большом значении обычного права, необходимости его сохранения. В традиционном образе жизни не все необходимо отвергать. В частности, солидарность между членами группы является тем позитивным элементом, который следует сохранить. В Нигерии региональные ассамблеи взяли на себя инициативу подготовки компиляций, придававших обычаям санкционированный властью характер. Однако стремление унифицировать право в масштабах нации повлекло новацию обычаев, более того, подорвало стержень обычного права – идею гармонии и примирения.

Реформы осуществлялись и в области судостроительства. Во времена колониализма существовали две категории судов: одна специализировалась на применении обычного права, другая применяла современное право. Когда африканские страны стали независимыми, показалось неприемлемым существование в одном и том же государстве двух видов юстиции. Поэтому в ходе реформирования судебной системы стремились включить туземные суды в единую судебную систему. В некоторых странах эти суды были упразднены (Сенегал, Берег Слоновой Кости, Мали, Бурунди, Руанда), в других (Камерун, Бенин, Конго, Габон, Нигер, Того) – временно сохранялись два типа юрисдикции. В настоящее время в большинстве африканских государств судов обычного права не существует.

Во всех молодых государствах была проведена огромная законодательная работа. В странах французского языка после получения независимости принято свыше ста кодексов. Большинство кодексов вступило в силу между 1960-1970

¹См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. – С. 440.

годами, и особенно плодотворным было первое пятилетие этого периода. После 1971 года процессы замедлились. Некоторые государства к этому моменту полностью кодифицировали свое право, и все, что происходило в последующее десятилетие (1970-1980 гг.) сводилось к внесению изменений и дополнений в принятые тексты или же отмене каких-то положений. Энтузиазм первого этапа уступил место осторожности.

Новыми кодексами были охвачены почти все его отрасли: гражданское право, уголовное право, уголовный процесс, инвестиционное право, трудовое право, судоустройство. В Сенегале, Гане, Уганде и на Мадагаскаре было реформировано обязательственное и договорное право. Однако движение на этом не остановилось, и реформы затронули институты, имеющие прямое отношение к «личному статусу» африканцев. В Сенегале, Гане и Кении были кардинально изменены нормы, определявшие режим земельной собственности. Объектом реформ почти революционного плана стало семейное право.

§ 4. Эволюция правовых систем Африки на рубеже веков

Современный этап развития африканской правовой семьи по-прежнему характеризуется «правовой многослойностью», но с более отчетливой тенденцией к оригинальным юридическим конструкциям и способам правовой регламентации. Сильнее сказывается и воздействие норм африканских межгосударственных объединений и институтов, а также общих норм международного права.

И все же следует отметить медленное и противоречивое использование идей демократии и рынка ввиду консерватизма сознания и уклада жизни населения. Скрытое или замаскированное навязывание африканским странам «западных моделей», финансирование и поддержка тех или иных режимов и лидеров скорее разрушают социальную и естественную среду Африки, мировосприятие, психологию и культуру ее народов. Внешние правовые формы нередко неэффективны из-за наполненности их традиционно-укладным содержанием.

Тем не менее, общей тенденцией многих африканских стран является постепенное формирование общетерриториального права. В ходе этого процесса в

50–60-х гг. модифицируются или изменяются акты и целые отрасли, принимаются постановления, воспроизводящие нормы «общего права» и «права справедливости» Англии. Нередки случаи применения актов других стран. Так, в Восточной Африке ранее действовавший индийский Уголовный кодекс был заменен УК английской модели. Такова же судьба Закона 1959 г. о применении в Западном регионе Нигерии права Англии. С усилением роли конституционного права как фундамента государственной независимости нормы обычного, колониального и английского права преобразуются в нормы общетерриториального права. Его источники еще не сложились¹.

Например, правовая система Бенина² носит смешанный характер. Все современные отрасли законодательства, начиная с конституционного, основаны на французском (т.е. романо-германском) праве. В то же время население, особенно за пределами городов, продолжает широко применять местное обычное право. Частное право Бенина основано на французских Гражданском и Торговом кодексах, введенных здесь в колониальные времена. В вопросах личного статуса (брак, развод, наследование) бенинцы могут выбирать между режимами гражданского или обычного права. Обычное право не запрещает полигамию (многоженство) и дискриминирует женщин в правах наследования. В области вещных отношений оно признает коллективные права общины на пользование землей и не знает института частной земельной собственности.

Экономическое законодательство с начала 1990-х гг. направлено на поощрение частного предпринимательства и привлечение иностранных инвестиций. Последние регулирует Инвестиционный кодекс 1990 г. Правительство проводит приватизацию госпредприятий.

Трудовой кодекс 1998 г. закрепляет право на свободное объединение в профсоюзы, коллективные переговоры и забастовку.

Основным источником уголовного права по-прежнему является УК Франции 1810 г., действующий в Бенине в собственной редакции (в частности,

¹См.: Давид Р. Основные правовые системы современности. - М., 2007. - С. 432-434.

²См. подробнее: Решетников Ф.М. Правовые системы стран мира: Справочник / Ф.М.Решетников. – М.: Юридическая литература, 1993. – С. 55-57.

добавлен ряд специфических для региона составов преступлений). Среди видов наказания сохраняется смертная казнь (за убийство и измену). В 1987 г. колдовство, магия и аналогичные виды деятельности, способные вызвать нарушения общественного порядка либо смерть или серьезное увечье жертвы, также были объявлены наказуемыми смертной казнью. К 2001 г. правительством разработан проект нового УК.

УПК 1967 г. закрепляет основные гарантии демократического судопроизводства. Согласно Конституции никто не может быть задержан без решения магистрата на срок более 48 часов (кроме исключительных случаев, установленных законом).

В Бенине существует единая система гражданских судов, исключая существование традиционных судов обычного права. В эту систему входят суды первой инстанции, Суд ассизов, Апелляционный суд и Верховный суд. Последний является высшей инстанцией в судебных, административных вопросах и высшим органом финансового контроля. Соответственно Верховный суд имеет три палаты: Судебную, Административную и Счетную.

Согласно Конституции Президент Республики является гарантом независимости судебной власти. Ему помогает Высший совет магистратуры (орган управления судебским сообществом). Судьи назначаются Президентом по предложению министра юстиции, сделанному с учетом мнения Высшего совета магистратуры. Председатель Верховного суда назначается Президентом после заслушания мнения председателя парламента сроком на 5 лет.

Органом конституционного контроля является Конституционный суд (КС) (Cour Constitutionnelle) в составе 7 членов: 3 назначаются Президентом Республики и 4 - Бюро Национального собрания. Срок полномочий членов КС 5 лет, возможно единственное переизбрание. КС гарантирует основные права личности и политические свободы, определяет конституционность законов до их промульгации, рассматривает конституционные жалобы граждан в связи с конкретными судебными делами, следит за законностью выборов и референдумов и объявляет их результаты.

Особым судебным органом является Высокий суд правосудия, который имеет исключительное право импичмента Президенту Республики и министров правительства.

Список рекомендуемой литературы:

Богдановская И.Ю. Прецедентное право / И.Ю. Богдановская; РАН, Ин-т государства и права. – М.: Наука. ИФ «Наука – философия, право, социология и психология», 1993. – 237 с.

Давид Р. Основные правовые системы современности / Р.Давид, К. Жоффре-Спинози; Пер. с фр. В.А.Туманова. – М.: Междунар. отношения, 2009. – 456 с.

Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / Решетников Ф.М., Батлер У.Э., Бойцова В.В. и др.; Отв. ред. А.Я. Сухарев. – М.: НОРМА. Издат. группа «НОРМА - ИНФРА-М», 2000. – 833 с.

Лихачев В.А. Уголовное право в освободившихся странах: Сравнительное исследование / В.А. Лихачев; АН СССР, Ин-т государства и права. – М.: Наука, 1988. – 207 с.

Малько А.В. Сравнительное правоведение: учебно-методический комплекс / А.В. Малько, А.Ю. Саломатин. – М.: Норма, 2008. – 352 с.

Муромцев Г.И. Источники права в развивающихся странах Азии и Африки: система и влияние традиции / Г.И. Муромцев. – М.: Изд-во Ун-та дружбы народов, 1987. – 151 с.

Решетников Ф.М. Правовые системы стран мира: Справочник / Ф.М. Решетников. – М.: Юридическая литература, 1993. – 255 с.

Саидов А.Х. Введение в основные правовые системы современности / А.Х. Саидов; АН УзССР, Ин-т философии и права. – Ташкент: Фан, 1988. – 217 с.

Саидов А.Х. Сравнительное правоведение и юридическая география мира / А.Х. Саидов; РАН, Ин-т государства и права. – М., 1993. – 148 с.

Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / А.Х. Саидов; отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – 510с.

Супатаев М.А. Право в современной Африке: Основные черты и тенденции развития / М.А. Супатаев; АН СССР, Ин-т государства и права. – М.: Наука, 1989. – 175 с.

Супатаев М.А. Обычное право в странах Восточной Африки / М.А. Супатаев. – М.: Наука, 1984. – 117 с.

Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2т. Т.1, Основы: Пер. с нем. / К.Цвайгерт, Х. Кётц. – М.: Международные отношения, 1998. – 479 с.

Глава 13. Правовые системы Дальнего Востока

§ 1. Понятие и общая характеристика правовых систем

Дальнего Востока

В данной главе будут рассмотрены две правовые системы – Китая и Японии. Их сложно объединить в одну правовую семью, так между этими странами существует много различий. Взять хотя бы то, что Китай сохраняет приверженность социалистическому вектору развития. Япония, напротив, в систему социалистических стран никогда не входила. Тем не менее, несмотря на отличия, существуют отдельные черты, позволяющие говорить о самобытности правовых систем Дальнего Востока.

В отличие от Западного мира, общество в этих странах не склонно верить в право как средство обеспечения социального порядка и справедливости. Безусловно, здесь существует право, но оно наделено дополнительной функцией и играет незначительную роль. Применение права судами существует лишь тогда, когда исчерпаны все другие способы разрешить конфликт и восстановить порядок. Здесь исходят из того, что социальный порядок должен преимущественно охраняться методами убеждения, техникой посредничества, самокритичными оценками поведения, духом умеренности и согласия¹.

¹ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - С.395.

Правовые системы стран Дальнего Востока внешне обладают некоторыми чертами западных правовых семей. В частности во многих из этих государств есть кодексы, что сближает их право с романо-германским правом. Некоторые из этих стран входили в социалистический лагерь. Были и иные изменения. Однако все это не может заставить отказаться от своих традиций. Структуры и институты западного типа, введенные в этих странах, как правило, остаются простым фасадом, за которым регламентация общественных отношений строится в соответствии с традиционными моделями. Власти этих стран не могут не учитывать особенности правосознания и правовой культуры своего населения¹.

§ 2. Правовая система Китая

Фундаментальная идея концепции китайского общественного строя, далекая от религиозной догмы, – постулат о существовании космогонического строя, в котором происходит взаимодействие земли, неба и людей. Земля и небо подчинены неизменным законам, а люди – хозяева своих поступков. Поэтому от поведения людей зависит, будет в мире порядок или нет. При этом гармония, от которой зависит равновесие в мире и счастье людей, предстает в двух аспектах. Во-первых, должна быть гармония между человеком и природой. Поведение каждого человека должно соответствовать естественному порядку. Поэтому основная задача правителя подавать пример жизни в соответствии с этим порядком. Добродетель и мораль являются более важными качествами правителей, чем их практические познания. Во-вторых, гармония необходима в отношениях людей друг с другом. На переднем плане должны находиться идея согласия, поиски консенсуса. Надлежит избегать осуждений, санкций, решений большинства. Несогласия должны «растворяться», а не решаться. Предложенный выход должен быть свободно принят участниками, считающими его справедливым, и при этом никто не должен «потерять лицо». При этом на первом месте должны находиться воспитание и убеждение, а не власть и принуждение².

¹ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - С.395-396.

² См.: Там же. - С.396-397.

Подобное отношение к окружающей действительности приводит к тому, что китайцы сдержанно относятся к нашей идее права с его строгостью и абстрактностью. Человеку не следует настаивать на своих правах, поскольку долг каждого заключается в стремлении к согласию и забвении себя в интересах всех. Юристы, используя абстрактные нормы, создают препятствия к достижению компромиссов. Это способствует недостойному поведению, не совместимому с интересами общества¹.

Традиционная китайская концепция не отрицает права, но полагает при этом, что оно существует для варваров, для тех, кто не заботится о морали, для неисправимых преступников, иностранцев².

А.Х. Саидов отмечает, что три философские идеи – даосизм, конфуцианство и легизм оказали решающее влияние на китайское правопонимание³.

Учение даосизма исходит из того, что во Вселенной господствует принцип дао (путь). Существует нечто состоящее из самого себя. Оно появилось раньше небес и земли, оно спокойно и пусто, независимо и неизменно. Человек должен следовать за этим великим путем, не будучи побуждаемым волевым усилием. Тогда все в порядке. Даосизм проповедует надеяние⁴.

Конфуцианство, напротив, отрицает принцип надеяния, оно диаметрально противоположно даосизму. Согласно учению конфуцианства мир человека отличается от мира природы, где господствует вечная иерархия, по образу которой должен строиться мир человека. Природные законы, управляющие физическим миром, не управляющие непосредственно миром человека, конфуцианцы называют «дао» (или «тиан дао»). Поэтому необходимо разрабатывать правила – «ли», имитирующие природные законы. Оба мира существуют параллельно и взаимодействуют друг с другом, но они не отождествляются. Природный мир является идеалом, к которому должен стремиться мир человека, хотя он и не сможет никогда добиться полного соответствия. Если у даосистов дао

¹ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - С.397.

² См.: Там же. - С.398.

³ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юрист, 2007. – С.413

⁴ См.: Там же. – С.414.

содержит в себе воодушевление и таинство, несущие жизнь всей Вселенной, то для конфуцианцев это лишь основной безличный принцип¹.

Конфуцианство, составлявшее основу государственной идеологии Китайской империи до революции 1911г., исходит из того, что человек и Бог, небеса и земля, все живое и инертное являются органическими частями гармонично упорядоченной и единой Вселенной. Поэтому важнейшая цель человека заключается в том, чтобы его мысли, чувства и действия находились в идеальной гармонии с космосом. Люди должны были вести себя так, чтобы не нарушать естественное равновесие существующих между ними отношений. Правила правильного поведения назывались «ли», их суть зависела от социального положения человека, его положения в семье, клане, среди соседей, государстве и т.д. Конфуцианство не было очень расположено к нормам права, так как право предусматривает простую и упорядоченную схематизацию и формализацию отношений в жизни, оно не учитывает всех различных факторов, связанных с социальным положением сторон².

В отличие от конфуцианцев легисты придерживались противоположных взглядов и считали, что человек в своей сущности эгоистичен, стремится к достижению корыстных целей и поэтому должен наказываться в соответствии с законодательством. Если конфуцианство исходило из того, что различия общественного положения в иерархически организованном обществе должны рассматриваться как проявление гармонии, то легисты считали, что все люди равны перед законом и правильное социальное поведение должно прививаться суровым наказанием. По мнению легистов, общественная жизнь человека должна была регулироваться позитивным правом³.

Взгляды легистов остались чуждыми сознанию большинства китайского населения. Они чрезмерно отклонялись от укоренившихся представлений и по-

¹ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – С.414

² См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – С.414-415.

³ См.: Там же. – С.415-416.

этому имели лишь временный успех. Легистам не удалось утвердить в Китае понятие постоянно действовавших правовых норм и суверенного закона¹.

Изменения в правовой системе Китая были во многом вызваны революцией 1911 года. После провозглашения республики велась редакционная работа по созданию кодексов. Внешне китайское право европеизировалось и, казалось бы, стало близким к романо-германской правовой семье. Но за этим фасадом продолжали существовать традиционные понятия. Общественные отношения практически регулировались так же как и раньше².

После победы коммунистической партии Китай с 1 октября 1949г. стал Народной республикой. В этом же году были отменены все ранее изданные законы и декреты и упразднены суды. Органические законы 1949 года, предусматривавшие воссоздание правовой системы, основывались на советской модели. Большие затруднения возникали вследствие отсутствия достаточно подготовленных юристов. После 1957 года осложнились отношения с СССР, в 1960г. произошел разрыв с Советским Союзом. В 70-е годы XXв. в Китае была «культурная революция», представлявшая собой волну насилия и гонений. Цель заключалась в стремлении полностью отбросить конфуцианство³.

С началом «культурной революции» практически полностью была уничтожена система юридического образования. Остались только юридические факультеты в Пекинском и Гириномском университетах, но 7-8 лет на них не было новых наборов⁴.

С 1979г. в КНР происходит коренное изменение политического курса. Так руководство коммунистической партии отказалось от идей обострения классово-вой борьбы и полного огосударствления экономической жизни. В сельском хозяйстве крестьянам предоставили большую свободу. Часть продукции разрешено продавать на свободном рынке. Аналогичные реформы были проведены и в про-

¹ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - С.400.

² См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - С.401-402.

³ См.: Там же. – С.402-405.

⁴ См.: Куманин Е.В. Юридическая политика и правовая система Китайской народной республики. – М.: Наука, 1990. – С.82

мышленности, где была допущена деятельность малых и средних частных предприятий. Были приняты меры по привлечению иностранных инвестиций, так в 1979г. издан Закон о совместных предприятиях, созданы четыре свободные экономические зоны. Начали восстанавливаться режим законности и нормальная деятельность судебно-правоохранительной системы. С 1979г. были заново или даже впервые в истории КНР кодифицированы основные отрасли права. Например, в 1979г. приняты Уголовный и Уголовно-процессуальный кодексы (в 1996г. была принята новая редакция УПК, в 1997г. – УК), в 1986г. «Общие положения гражданского права», в 1994г. было кодифицировано трудовое законодательство. В результате периода реформ в КНР сложилась система законодательства, сочетающая в себе как принципы советского (социалистического) права, так и некоторые начала романо-германской правовой семьи (в экономической сфере)¹.

В системе источников права в КНР ведущее место занимают нормативно-правовые акты. Их иерархия складывается из Конституции, законов, постановлений Постоянного комитета ВСНП, постановлений и распоряжений Государственного совета, подзаконных акты других органов государственной власти и управления, в том числе местных. Однако на практике иерархия правовых актов часто нарушается. Это приводит к всевластию инструкции и усмотрения административных органов. В КНР отсутствует четкая граница между правовым актом и политической директивой².

Отдельное место в правовой системе КНР занимает Гонконг (Сянган). Здесь есть собственные исполнительная, законодательная и судебная системы, разрешено проводить самостоятельную иммиграционную и налоговую политику. Вне компетенции местных властей находятся вопросы внешней политики и обороны. Китай подтвердил действие около 140 законов Великобритании, ранее распространявшихся на Гонконг. На острове Тайвань, номинально принадлежащем КНР, продолжает действовать политическая и правовая система, оставшаяся от гоминьдановского Китая³.

¹ См.: Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / Решетников Ф.М., Батлер У.Э., Бойцова В.В. и др.; Отв. ред. А.Я. Сухарев. — М.: НОРМА. Издат. группа "НОРМА - ИНФРА-М", 2000. — С. 321.

² См.: Там же.

³ См.: Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / Решетников Ф.М., Батлер У.Э., Бойцова В.В. и др.; Отв. ред. А.Я. Сухарев. — М.: НОРМА. Издат. группа "НОРМА - ИНФРА-М", 2000. — С.321-322.

Правовое развитие КНР носит неравномерный характер. В литературе отмечают, что «элементы традиционализма в большей степени присутствуют в сфере китайского правосознания, в меньшей – в сфере правореализации и практически отсутствуют в нормативном звене правовой системы»¹.

§ 3. Правовая система Японии

До середины XIX в. Япония не имела связей с Западным миром. В то же время отношения с Китаем занимали важное место в ее истории. Традиционный образ мысли в Японии в самые различные эпохи подвергался влиянию Китая. Однако этот образ мысли оригинален и определенное влияние в этом отношении оказала изоляция страны².

Первые памятники японского права появились в VII в. Под китайским влиянием в Японии появилось политико-этическое правило, предусматривающее, в частности, порядок периодического распределения принадлежащих государству рисовых полей в зависимости от числа едоков и деление общества на «ранги». При этом каждый класс выполнял в государстве определенную функцию. Обязанности каждого уточнялись в юридических сборниках, именуемых рицу-рё. Эти сборники включали репрессивные нормы (рицу) и административные нормы (рё). Эта система стала неэффективна и в IX-X вв. стала развиваться система неприкосновенного владения, освобожденного от налогов. Постепенно она превратилась в крупное земельное владение с самостоятельной судебной властью. Эти и иные факторы привели к возникновению нового феодального режима. Император был лишен реальной власти, так как она перешла к военной касте³.

Эта военная каста (букэ, самураи) жила согласно собственному обычному праву (букэ-хо), составлявшему ее личный статус. Правила были основаны на идее абсолютной преданности вассала своему сюзерену, они исключали идею прав и обязанностей юридического характера. Отношения вассала и сюзерена

¹ Куманин Е.В. Китайское право в условиях реформ // Советское государство и право. – 1988. - №9. – С.99.

² См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - С.414.

³ См.: Там же. – С.415.

рассматривались как отношения сына и отца. Здесь не может быть договора, ибо привязанность, верность, самоотверженность, личная преданность, жертва во имя идеи, теряют в этом случае всякий смысл¹.

Как и в Китае, в Японии существовало отрицательное отношение к жестокости судебных решений и ригористичности правовых норм. Существовали нормы, которые исходили скорее из соображений приличия и регулировали поведение индивидов в отношениях друг с другом во всех случаях жизни. Эти нормы поведения назывались гири. Так, были гири отца и сына, мужа и жены, братьев между собой, а вне семьи существовали гири заимодавца и должника, хозяина и служащего и т.д. Гири подменили право, а, по мнению ряда японцев, и мораль. Они соблюдались не столько потому, что соответствовали определенной концепции морали, сколько из-за боязни осуждения со стороны общества².

Революция Мэйдзи 1868г. вызвала значительные перемены в жизни японского общества. В стране началась вестернизация права, призванная покончить с неравными торговыми договорами, которые некоторые западные державы (США, Великобритания, Россия, Франция, Голландия и др.) навязали Японии в 1858г.³

Рецепция западноевропейского права сталкивалась с определенными сложностями: надо было найти термины, чтобы выразить такие понятия, как «субъективное право» (кэнрй) или «юридическая обязанность» (гиму), которые не были известны японским ученым⁴.

Стремясь избежать дискриминационных правил, японцы с самого начала проявили особый интерес к созданию своего права по европейскому образцу. Уголовный и уголовно-процессуальный кодексы для Японии были разработаны французским профессором Буассонадом и вступили в силу в конце XIXв. Далее Буассонад приступил к разработке гражданского кодекса. В это же время немецкий профессор Реслер получил заказ на разработку проекта торгового кодекса. В основу проекта Буассонада был положен французское

¹ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. – С.415-416.

² См.: Там же. - С.417-418.

³ См.: Там же. – С.418.

⁴ См.: Там же. – С.418-419.

гражданское законодательство. Исключение составили лишь разделы о семейном и наследственном праве, отредактированные японской комиссией. Оба проекта встретили в парламенте активную оппозицию. В итоге разработка гражданского кодекса была передана специальной комиссии в составе трех японских профессоров. Эта комиссия подготовила в 1896-1898 годах проект, в котором местами чувствовалось влияние французского и общего права, но по структуре и содержанию в своих основных пунктах он следовал двум уже имевшимся проектам по образцу ГГУ. Лишь в семейное и наследственное право авторы включили большое число институтов японского права, особенно так называемую «систему семьи»¹.

В 1898 году вступил в силу японский гражданский кодекс, а годом позже – японский торговый кодекс, во многом следовавший своему немецкому аналогу. Судебная система и гражданский процесс создавались в соответствии с законами, которые также следовали немецкому образцу. Японский гражданско-процессуальный кодекс 1890 года представлял собой дословный перевод немецкого гражданско-процессуального кодекса. Японская гражданско-правовая наука в дальнейшем черпала свои идеи в Германии. После второй мировой войны решающее влияние на японское право оказало общее право, и особенно его североамериканский вариант².

В японской конституции 1946 года, испытавшей влияние американских правовых взглядов, усилена роль судебной власти и содержится каталог основных прав, подлежащих непосредственной судебной защите. Реформа уголовного процесса в 1948 году также следовала американскому образцу. Наконец, некоторые положения гражданско-процессуального кодекса также были изменены. Была ограничена руководящая роль судьи при разбирательстве дела и расширены возможности для проявления инициативы сторон и их адвокатов³.

¹ См.: Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х тт. - Т.1. Основы: Пер. с нем. - М.: Международные отношения, 1998. – С.439-440.

² См.: Там же. – С.440-441.

³ См.: Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х тт. - Т.1. Основы: Пер. с нем. - М.: Международные отношения, 1998. – С.441.

Какие же правовые особенности отличают современную Японию? Следует учесть, что западное право имплементировано в своеобразную историю и традиции страны. Здесь известно понятие субъективного права, но для японского судьи признание субъективного права лица представляет скорее защиту права в форме административного приказа, нежели защита субъективного права, принадлежащего истцу¹.

Законодательство в Японии развито меньше чем в европейских странах. Законодатель часто использует общие формулы, предоставляя судье или чиновнику право адаптировать закон к конкретным обстоятельствам с учетом ментальности японцев².

Существуют особенности в сфере реализации норм публичного и частного права. В частности, закрепленные публичным правом демократические институты, искажаются в процессе реализации, так как японцы предпочитают, чтобы ими управляли сильные мира сего. Реализация частного права связана с чувством недоверия японцев к обращению в суд. Заключение договора предполагает взаимное доверие. Обязательная сила договора основана преимущественно на дружественных связях между сторонами. При этом эта позиция недалека от «доброй совести» германского права³.

Стремление избежать судебного процесса прослеживаются и в других сферах правовой реальности. В частности, споры между членами семьи решаются в основном с учетом обычаев и без судебного вмешательства. Перед заключением брака семьи жениха и невесты прибегают к услугам посредника, решающего все вопросы, связанные с подготовкой свадьбы. Он также выступает в качестве свидетеля. Однако его основной задачей является полюбовное решение споров, которые могут возникнуть в будущем между супругами или

¹ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - С.422.

² См.: Там же.

³ См.: там же. - С.422-423.

между ними и их семьями. К судебной процедуре разводов прибегают лишь тогда, когда обе стороны не единодушны в своем решении по этому вопросу¹.

Можно отметить, что японское право знает многие виды мировых соглашений. Обращение в суд, по мнению японцев, является поведением, достойным порицания. Поэтому предусмотрены возможности досудебного решения конфликта или примирения в суде (принятия мирового соглашения)².

Список рекомендуемой литературы:

Анисимцев Н.В. Правовая система Японии. Краткий обзор / Н.В. Анисимцев // Юридический мир. – 2003. – №6. – С. 38-39.

Васильев Л.С. Проблемы генезиса китайской мысли: (Формирование основ мировоззрения и менталитета) / Л.С. Васильев; АН СССР, Ин-т востоковедения. – М.: Наука, 1989. – 309 с.

Васильев Л.С. Проблемы генезиса китайского государства: (Формирование основ социальной структуры и политической администрации) / Л.С. Васильев; АН СССР, Институт востоковедения; Отв. Ред. А.В. Меликсетов. – М.: Наука, 1983. – 326 с.

Воробьев М.В. Японский кодекс «Тайхо Еро Ре» (VIII в.) и право раннего средневековья / М.В. Воробьев; АН СССР, Ин-т востоковедения, Ленинградское отделение. – М.: Наука, 1990. – 384 с.

Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К.Жоффре-Спинози; Пер. с фр. В.А. Туманова. – М.: Междунар. отношения, 2009. – 456 с.

Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / Решетников Ф.М., Батлер У.Э., Бойцова В.В. и др.; Отв. ред. А.Я. Сухарев. – М.: НОРМА. Издат. группа "НОРМА - ИНФРА-М", 2000. – 833 с.

¹ См.: Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х тт. - Т.1. Основы: Пер. с нем. - М.: Международные отношения, 1998. – С.443.

² Подробнее см.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А.Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. – С.423-424.

Имамов Э.З. Уголовное право Китайской Народной Республики: теоретические вопросы Общей части / Э.З. Имамов; АН СССР, Ин-т Дальнего Востока; Отв. ред. Л.М. Гудошников. – М.: Наука, 1990. – 235 с.

Инако Цунэо. Современное право Японии / Цунэо Инако; Пер. с японского В.В. Батуренко. – М.: Прогресс, 1981. – 269 с.

Китайская Народная Республика: Законодательные акты 1984-1988: Пер. с кит. / Сост. К.А. Егоров; Под ред. и со вступ. ст. А.М. Гудошникова. – М.: Прогресс, 1989. – 503 с.

Куманин Е.В. Юридическая политика и правовая система Китайской Народной Республики / Е.В. Куманин; Отв. ред. Б.А. Страшун; АН СССР, Ин-т государства и права. – М.: Наука, 1990. – 159 с.

Кычанов Е.И. Основы средневекового китайского права (VII-XIII вв.) / Е.И. Кычанов. – М.: Наука, 1986. – 264 с.

Малько А.В. Сравнительное правоведение: учебно-методический комплекс / А.В. Малько, А.Ю. Саломатин. – М.: Норма, 2008. – 352 с.

Решетников Ф.М. Правовые системы стран мира: Справочник / Ф.М. Решетников. – М.: Юридическая литература, 1993. – 255 с.

Саидов А.Х. Сравнительное правоведение и юридическая география мира / А.Х. Саидов; РАН, Ин-т государства и права. – М., 1993. – 148 с.

Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / А.Х. Саидов; отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – 510с.

Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2т. Т.1, Основы: Пер. с нем. / К. Цвайгерт, Х. Кётц. – М.: Международные отношения, 1998. – 479 с.

Юридическая жизнь в Китае: Пер. с кит. / Отв. ред. Л.М. Гудошников. – М.: Юридическая литература, 1990. – 375 с.

Глава 14. Правовые системы постсоциалистических стран

§ 1. Общая характеристика социалистической правовой системы

Почти весь XX век наряду с традиционными правовыми системами иностранных государств существовала и развивалась еще одна правовая семья. Речь идет о советском социалистическом праве, которое возникло вместе с образованием советского государства в 1917 г., и о социалистическом праве в широком смысле после образования других социалистических стран в послевоенные годы XX века. Такой новый феномен мировой правовой жизни вызвал неодинаковую реакцию – от критики до признания. Критическая оценка многих принципов и положений социалистического права или признание некоторого его сходства (по структуре, понятиям) с римско-германской правовой системой не помешала видным компаративистам признавать данную систему как реальность, подлежащую сравнительному изучению. Заслуживают благодарности обстоятельные характеристики Рене Давида социалистического права как разновидности правовых семей и деликатность его суждения о возможном смягчении различий между ним и другими системами права¹. Не всегда такой тон обнаруживался в дискуссиях, статьях и книгах, посвященных советскому праву.

С тех пор, как Р. Давид впервые высказался в пользу рассмотрения социалистического права в качестве самостоятельной правовой семьи (а вместе с ним и другие западные авторы: В. Батлер, М. Глендон, М. Гордон, Ч. Осакве, М. Анкель, К. Жоффре-Спинози и др.), произошли знаменательные события, и социалистическая правовая система в том виде, в каком она была в 70-е годы, перестала существовать.

После распада Союза ССР и других социалистических государств произошла резкая и даже поспешная перемена в оценках социалистического права. Фактическое его исчезновение дало повод считать данную систему не более чем историческим памятником. В упомянутой книге К. Цвайгерта и Х. Кетца опущена глава о правовой семье социалистических стран. И ряд отечественных

¹Остром В. Смысл американского федерализма. – М., 1993.

юристов, оценивая ее в критическом плане, поспешили вести речь о стремительном распространении на территорию бывшего Союза ССР принципов, институтов и норм зарубежного права, прежде всего континентальной системы¹. Другие обнаруживают преемственность в прошлом и настоящем и призывают к формированию новой правовой семьи. Фактически целый ряд норм социалистического права был признан в Российской Федерации и сохраняет силу до сей поры при соответствии Конституции. В ряде стран – Куба, Китай, некоторые африканские государства – действуют прежние конституции и законы.

Таким образом, единая группа национальных правовых систем, признававшаяся в конечном счете самостоятельной правовой семьей наряду с романо-германской, англосаксонской и другими правовыми семьями, подверглась за последнее десятилетие весьма кардинальным и далеко не однозначным по своему характеру и последствиям изменениям. В отечественной и зарубежной юридической литературе нет однозначных трактовок происходящим событиям и, соответственно, определению статуса этой семьи. Одна группа авторов настаивает, не обременяя себя и других сколько-нибудь серьезной и удовлетворительной аргументацией, что с исчезновением государственной структуры почти мгновенно и автоматически исчезает и вся правовая структура².

«Поспешная перемена в оценках» проявилась в одних случаях в том, что социалистическую правовую семью, понимаемую исключительно в контексте лишь входящих в нее правовых норм, стали рассматривать как полностью исчерпавшую себя на современном этапе и превратившуюся из «целостной правовой системы» в некий «правовой анклав». В этом анклаве, состоящем из правовых систем Китая, Северной Кореи и Кубы, лишь правовая система Китая, поясняет автор этого суждения В. Кнапп, представляет собой интерес с точки

¹ См.: Алексеев С. С. Теория права. – М., 1994.

³ Подробнее см.: Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Социалистическое право. – М., 1973; Правовая система социализма. 1. Понятие, структура, социальные связи. – М., 1986.

² См.: Sypnowich Ch. The Socialist Concept of Law. L, 1991. P. 3-26.

зрения сравнительного права. Все иные правовые системы не являются в этом отношении сколько-нибудь значимыми¹.

В других случаях «поспешная перемена в оценках» социалистического права проявилась в том, что социалистическую правовую семью некоторые отечественные авторы стали рассматривать как несостоятельную не только в ее нынешнем виде и положении, но даже в историческом плане².

Другая группа авторов, оценивая ситуацию в правовом мире, сложившуюся в начале 90-х годов после ухода с исторической арены Советского Союза и других именовавших себя социалистическими государств, предложила пересмотреть прежнюю, существовавшую донныне классификацию национальных правовых систем и выделить вместо социалистической правовой семьи правовую семью славянских народов. Инициатор этого предложения проф. В.Н. Синюков считает, что при существующих ныне критериях подразделения национальных правовых систем на определенные группы – правовые семьи из правовой картины мира выпадает «нормативный регион и соответственно правовая общность, образуемая странами в основном славянского этнического происхождения, относимыми в свое время к социалистической правовой семье»³.

В традиционной для нашей науки классификации семей «на семьи общего, романо-германского (континентального), традиционно-обычного, религиозного и социалистического права», пишет В.Н. Синюков, «использовалось сразу несколько, довольно разнохарактерных критериев – от технико-юридических до социально-экономических и идеологических». Такая классификация «соответствовала устоявшимся научным подходам и главное – государственно-правовым реалиям мира». Однако в настоящий период данная типология, по мнению автора, «нуждается в определенных уточнениях, вытекающих из новой политической, социально-экономической и духовной ситуации, сложившейся в правовом мире в связи с распадом СССР, европейской социалистической сис-

¹См.: Knapp V. Comparative Law and the Fall of Communism // The Parker School Journal of East European Law. 1995. Vol 2. № 4-5. P. 525.

²См.: Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Том I. Основы. – М., 1998.

³Синюков В.Н. Российская правовая система. Введение в общую теорию. – Саратов, 1994. – С. 171.

темы, эволюцией общественно-политического строя стран, входивших в зону социалистического права»¹.

К числу такого рода «определенных уточнений» относится рассмотрение в качестве самостоятельной группы национальных правовых систем славянской правовой семьи. Основным доводом в пользу выделения ее как относительно обособленной правовой семьи является наличие славянской правовой общности, базирующейся на «значительной культурно-исторической специфике правовых ценностей славянских стран», на глубоких «национальных, духовных, исторических, социальных и юридических основаниях в правовой культуре России и ряда восточно-европейских стран»². В качестве важнейшего фактора при этом рассматривается «самобытность славянской правовой семьи и прежде всего российской правовой системы», которая обусловлена «не столько технико-юридическими, формальными признаками, сколько глубокими социальными, культурными, государственными началами жизни славянских народов».

К таким началам В.Н. Синюков, а вслед за ним и другие авторы³, относят следующие.

Во-первых, самобытность русской государственности, «не поддающаяся элиминации даже после длительных и массивных включений иностранных управленческих и конституционных форм. Для русского права всегда была исключительно важной связь с государством».

Во-вторых, особые условия экономического прогресса, для которого характерна опора на коллективные формы хозяйствования: крестьянскую общину, артель, сельскохозяйственный кооператив, которые основывались на специфической трудовой этике, взаимопомощи, трудовой демократии, традициях местного самоуправления.

В-третьих, формирование особого типа социального статуса личности, для которого свойственно «преобладание коллективистских элементов правосознания и нежесткость линий дифференциации личности и государства».

¹ Синюков В.Н. Российская правовая система. Введение в общую теорию. – Саратов, 1994. – С. 172.

² Там же. С. 174.

³ См.: Российское государство и правовая система. Современное развитие, проблемы, перспективы / Отв. ред. Ю.Н. Стариков. – Воронеж, 1999. – С 290-302.

И, в-четвертых, тесная связь традиционной основы права и государства «со спецификой православной ветви христианства с ее акцентами не на мирском жизнепонимании Бога и человека (католицизм) и тем более благословении стяжательства (протестантизм), а на духовной жизни человека с соответствующими этическими нормами (нестяжание, благочестие и т.д.)»¹

Идея выделения славянской правовой семьи наряду с другими правовыми семьями на основе новых, «уточненных» критериев, несомненно, заслуживает всяческой поддержки, дальнейшего изучения и развития. Те государственные, социально-экономические, духовные, этнические, религиозные и иные факторы – «начала», которые обуславливают общность правовых систем славянских народов и их самобытность по отношению к правовым системам других стран, не только не могут умалчиваться или игнорироваться в процессе типологии правовых систем, но, наоборот, должны всячески учитываться.

Речь при этом идет об общности и самобытности не только правовых систем славянских народов, но и национальных правовых систем других стран. Однако, вводя этнические, религиозные и иные «уточненные» критерии в отношении процесса выделения в отдельную правовую семью национальных правовых систем славянских народов, как справедливо отмечает М.Н. Марченко, необходимо проделать то же самое и в отношении правовых систем народов других стран. В противном случае это будет решение частного – «славянского» вопроса, а не общей научной проблемы, касающейся типологии правовых систем всех без исключения, стран².

Строго говоря, каждая национальная правовая система по-своему самобытна и уникальна. Каждая из них имеет общее (признаки и черты) с другими правовыми системами и обладает своими особенностями, у одних правовых систем больше общностей, чем особенностей, у других – наоборот.

В качестве критериев классификации правовых систем гораздо шире, чем «техничко-юридические» критерии, сводящиеся в основном к общности источ-

¹Синюков В.Н. Указ. соч. С. 175-176.

² Проблемы теории государства и права: Учебное пособие / Под ред. М.Н. Марченко. – М.: Юристъ, 2001. – С.465.

ников права, используются такие факторы, как уровень развития и общности правовой культуры, юридический менталитет, исторические и правовые традиции, сложившиеся на протяжении ряда столетий, санкционированные (правовые) в более поздний период или несанкционированные обычаи, стиль юридического мышления и судопроизводства, и др.¹

Идея выделения славянской правовой системы в качестве самостоятельной правовой семьи, безусловно, интересная и, по-видимому, перспективная. Но она не решает проблему статуса в современных условиях прежнего социалистического права. Решение этой общей проблемы, как представляется, лежит в несколько иной плоскости, а именно – в плоскости решения составляющих ее частных проблем, касающихся: а) статуса сохранившегося после разрушения «содружества социалистических государств» государственно-правового «анклава», б) статуса постсоциалистических правовых систем, возникших на территории бывшего Союза ССР и «стран народной демократии»; и в) уровня преемственности между постсоциалистическими государственно-правовыми системами и прежними социалистическими государственно-правовыми системами.

Данный подход к решению проблем типизации и определения статуса социалистической правовой семьи является дифференцированным подходом. В ходе его использования утверждается, что прежняя социалистическая правовая семья как таковая в новых условиях с разрушением государственной системы также автоматически разрушается. При этом а priori исходят из жесткой позитивистской привязки права к государству, из отсутствия какой бы то ни было относительной самостоятельности первого по отношению ко второму.

Согласно данному подходу презюмируется также, что разрушение целостной государственной системы влечет за собой разрушение целостности соответствующей правовой семьи. Последняя распадается на две составные части: оставшуюся в прежнем своем социально-политическом качестве «социалистическую» часть (правовой анклав) и возникшую на модернизированной социали-

¹См.: Merryman J. The Civil Law Tradition. Stanford. 1992. P. 1-5; Glendon M., Gordon M., Osakwe Ch. Comparative Legal Traditions in a Nutshell. St. Paul, Minn., 1982. P. 4-12.

стической основе «постсоциалистическую» часть. Разумеется, что к оценке места и роли каждой из них в правовой географии мира нужен свой, дифференцированный подход.

Однако к решению проблемы определения статуса прежней социалистической правовой семьи вполне правомерен и допустим также и иной подход. А именно – взгляд на социалистическую правовую семью как на некое целостное образование, сложившееся в период становления и развития социалистической государственной системы и на определенном историческом этапе временно сохраняющееся, хотя и в модернизированном, весьма измененном, а точнее – деградированном виде, и после ее «официального упразднения».

В основе такого подхода лежит, во-первых, устоявшееся в отечественной и зарубежной юридической литературе положение о том, что любая национальная правовая система, а вместе с тем и любая правовая, в том числе и социалистическая, семья никогда не сводилась и не сводится лишь к совокупности правовых норм, издаваемых или санкционируемых государством¹. Она включает в себя также правовую культуру, правовую идеологию, правовое сознание, правовой менталитет, правовые традиции и обычаи и многие другие компоненты, которые напрямую связаны не с государством, а с социальной жизнью, обществом.

И, во-вторых, тезис об относительной самостоятельности государства по отношению к праву, правовой системе, а, следовательно, и к правовой семье. И наоборот. Из этого следует, что изменения, происходящие в государстве, вовсе не обязательно тут же, немедленно, по истечении небольшого исторического отрезка времени, должны соответствующим образом полностью отразиться в праве. И наоборот.

Это же касается и разрушительного воздействия на государство внутренней или внешней международно-правовой или противоправной окружающей

¹См.: Общая теория государства и права. Академический курс в 2-х т. Т. 2. Теория права / Отв. ред. М.Н. Марченко. – М., 1998. – С. 98-100.

среды. Исчезновение с исторической арены государства отнюдь не означает немедленного исчезновения права, правовой системы.

Вполне допустимо при этом было бы говорить, например, о прекращении действия составляющих его правовых норм или отдельных принципов. Но было бы весьма опрометчиво вести речь об уходе в небытие вместе с социалистическим или иным государством правового сознания народа, сформированного в социалистической среде, юридического менталитета, правовых теорий и доктрин, построенных на базе марксистских идей, правовой культуры, правовых традиций и обычаев, то есть всего того, что составляет важный компонент любой правовой системы и, естественно, правовой семьи.

Потребуется смена не одного поколения бывшего социалистического, а ныне постсоциалистического общества, пока из общественного сознания при самых «благоприятных» для этого условиях станет вытесняться сложившийся в течение десятилетий «социалистический синдром» или стереотип.

А до тех пор социалистическая правовая семья будет в этом виде продолжать существовать и активно воздействовать не только на различные правовые системы и правовые семьи, но и на процесс развития и совершенствования всего сравнительного права.

В своих исследованиях бывшие социалистические и западные авторы выделяют, как правило, три основных периода наиболее заметного воздействия «коммунистической системы права» на сравнительное право. Первый из них обычно связывается со временем возникновения и первоначального становления «коммунистической правовой системы» в России (1917-1922). Второй – со временем создания «коммунистической правовой системы» в странах Восточной Европы, Юго-восточной Азии и на Кубе (после Второй мировой войны). И третий – с началом периода «угасания» этой правовой семьи в 90-е годы.

Влияние подобного рода глобальных правовых систем, накопивших за время своего существования и во многом сохранивших после ухода с исторической арены «обслуживающих» их государственных структур свой интеллектуальный потенциал, уже «по определению», в силу объективных причин и условий не мо-

жет ограничиться пределами своей территории и своего времени. Их интеллектуальное воздействие на окружающий правовой мир с неизбежностью будет выходить за рамки своего времени и за пределы своей изначальной территории.

В силу названных и иных причин вопрос о существовании социалистической правовой семьи («коммунистической системы права») в весьма видоизмененном, гипертрофированном по сравнению со своим первоначальным образом, виде представляется, по крайней мере в обозримом будущем, predetermined. Поэтому следует дать краткую характеристику социалистического права³, что позволит оценить возможные пути его эволюции на постсоциалистическом пространстве.

§ 2. Особенности советской правовой системы

Советское право формировалось преимущественно как отражение марксистско-ленинской теории о новом типе государства и новом типе права. Отвергались прежние юридические концепции и принципы, критически оценивались зарубежные конституционные и иные правовые акты. И тем не менее полного отторжения от иных правовых семей не происходило, ввиду как неизбежного обмена идеями, юридическими конструкциями и опытом, так и использования традиционных правовых принципов. Системы права СССР и других социалистических стран в основном восприняли традиционную отраслевую классификацию, модифицировав ее рядом отраслей и подотраслей (колхозного права и др.).

На разных этапах развития социалистического права обстоятельной разработке были подвергнуты многие институты государственной власти, политического участия, статуса государственных предприятий, хозяйственных договоров¹. В первые годы советской власти был реализован курс на отказ от старого права и формирование нового социалистического права. Правовые акты создавались с классовых позиций, причем жесткое отторжение буржуазного (иностранного) права считалось одним из важнейших критериев. Тем не менее и в

¹ См. подробнее: Российское законодательство: проблемы и перспективы. – М., 1995.

научной литературе, и в правотворчестве влияние последнего, хотя и в скрытой форме, было несомненным¹.

Конституция РСФСР 1918 г. впервые определила общегосударственное законодательство как предмет ведения высших органов власти, особо выделив конституционное начало, судоустройство и судопроизводство, гражданское, уголовное законодательство. Перечень не был закрытым (ст. 49). Принятие в 20-х гг. Гражданского, Трудового, Земельного кодексов положило начало формированию новой системы законодательства.

Понятие «закон» не было абсолютно совпадающим с понятием «законодательство». Им охватывались правовые акты многих органов, включая наркоматы. В то же время такой вид акта, как Основные начала отражал федеративные аспекты законодательства. В 20–30-е гг. публикуется немало научных работ об отдельных отраслях советского права, не всегда отличающихся от отраслей законодательства. Были изданы книги об основах частного и имущественного права, очерки хозяйственного права, о брачном, семейном и опекуном праве, о земельном праве, о трудовом праве, курс гражданского процесса.

Конституция СССР 1936 г. дала определение закона, что повлияло на более четкую дифференциацию правовых актов. Всесоюзное юридическое совещание 1938 г. одобрило жесткую классификацию отраслей права, предопределившую в основных чертах отраслевое построение законодательства. Но по-прежнему число собственно законодательных актов было невелико, а понятие отрасли права вбирало всю массу подзаконных актов отраслевого характера.

В послевоенный период и особенно в 50–60-е гг. возобновляется процесс развития законодательства. В теоретическом плане важное значение имели исследования проблем сущности права, природы правоотношений и законности, субъектов гражданского права. Вышли в свет работы, посвященные административному, жилищному, наследственному, изобретательскому, авторскому праву. Большое внимание уделяется анализу и оценке предмета и системы гражданского, государственного (конституционного) права.

¹ См.: Рейснер М.А. Право (Наше право. Чужое право. Общее право). – Л. – М., 1922.

Шагом вперед стала масштабная кодификация, в результате которой были приняты Основы законодательства и ГК, ГПК, УК, УПК, КЗоТ в союзных республиках. Заметный удельный вес имели Основы жилищного законодательства. Стало интенсивно развиваться законодательство об охране природы и рациональном природопользовании. Всего в 1958–1977 гг. было принято пятнадцать Основ законодательства. В стране с федеративным устройством закрепляются два уровня законодательства¹. Систематизация и кодификация законодательства получили новый размах в связи с подготовкой и принятием Свода законов Союза ССР и Сводов законов союзных республик. Были завершены хронологические собрания законодательства.

Одновременно разрабатывались вопросы, связанные как с развитием нормативных правовых актов и их классификацией, процедурами принятия и реализации, так и со структурой отраслей и подотраслей законодательства, правовых институтов. Заметен вместе с тем акцент на императивные методы правового регулирования, отражавшие командно-бюрократический стиль управления в государстве. Права субъектов, особенно граждан, хозяйствующих субъектов были жестко регламентированы.

Для 70–80-х гг. характерно более интенсивное законодательство и развитие теории закона. В обществе все более отчетливо формируется мнение о необходимости обеспечить верховенство права и закона, гарантии прав личности. В известной мере оно получило отражение в Конституции СССР 1977 г. и конституциях союзных и автономных республик. Произошло некоторое размежевание законодательной компетенции Союза ССР и его республик, хотя оно не выходило еще за рамки жесткого правового унитаризма.

В конце 80-х гг. в период «перестройки» получают признание концепции верховенства закона, правовой самостоятельности предприятий, кооперативов, иных юридических лиц. Обеспечение прав граждан становится лейтмотивом законодательных актов. Начинается период масштабного обновления и разви-

¹ См.: Основы законодательства Союза ССР и союзных республик. – М., 1982.

тия законодательства, особенно на уровне Союза ССР¹. Постепенно данный процесс распространяется и на республики.

Таким образом, общим для социалистических стран являются следующие признаки:

а) социалистическое право считалось классовым, выражающим интересы рабочих и крестьян, трудящихся;

б) право рассматривалось как орудие государственной власти;

в) в праве обеспечивались доминирующие интересы государства, и отсюда приоритетная защита государственной собственности;

г) право граждан до конца 70-х гг. получало признание как приоритетное;

д) закон не занимал первенствующего положения в правовой системе, где главенствовали партийно-административные решения;

е) не обеспечивалась в полной мере судебная защита прав юридических и физических лиц.

В научной среде сегодня обсуждается несколько вариантов развития постсоциалистической правовой семьи.

Вариант первый – «возвращение» традиционных правовых семей и прежде всего континентального права.

Вариант второй – формирование общего славянского права с приоритетным влиянием российской правовой идеологии и законотворческих новелл². Культурно-историческая, религиозно-этическая и морально-психологическая общность народов служит фундаментом для этого процесса.

Что касается характеристики современной Российской правовой системы, то можно выделить некоторые особенности³.

1. Система источников права аналогична системе романо-германского права, где главенствующее место отводится нормативно-правовому акту и, прежде всего, закону.

¹ См.: Основы законодательства Союза ССР и союзных республик. – М., 1982.

² Подробнее см.: Советское законодательство: пути перестройки. – М., 1989.

³ См., например: Синуков В. Н. Российская правовая система. – Саратов, 1994. – С. 171-177; Данилевский Н.Я. Россия и Европа. – М., 1991. – С. 469-509; Владимирский-Буданов М. Ф. Обзор русского права. – Ростов-на-Дону, 1995. – С. 279-280.

³ См. подробнее: Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения. – М., 2002. – С. 817-865.

2. Значительную роль в системе источников права играет нормативный договор.

3. Система источников права, как правило, признает правовые обычаи (в большей степени – в частном праве), но их статус несколько отличается от аналогичного положения в системе континентального права.

4. Конституционно признаются, причем в качестве приоритетной части, общепризнанные принципы и нормы международного права.

5. До сих пор не определен статус судебного прецедента, чему способствует неоднозначность оценки деятельности высших судебных инстанций в РФ и вырабатываемых ими правоположений.

6. Столь же неоднозначна и роль правовой доктрины, которая и в романо-германской правовой семье, не являясь формальным источником, весьма значима в правотворчестве и правореализации.

Список рекомендуемой литературы:

Барциц И.Н. Международное право и правовая система России / И.Н.Барциц // Журнал российского права. – 2001. – № 2. – С. 61-70.

Берестнев Ю. Российская правовая система и европейские стандарты: О работе по приведению российского законодательства в соответствие с нормами Совета Европы / Ю. Берестнев // Российская юстиция. – 2001. – № 1. – С. 14-15.

Глотов С.А. Конституционно-правовые проблемы сотрудничества России и Совета Европы в области прав человека / С.А. Глотов; Саратов. гос. академия права. – Саратов: Изд-во Саратов. гос. академии права, 1999. – 535 с.

Давид Р. Основные правовые системы современности / Р.Давид, К. Жоффре-Спинози; Пер. с фр. В.А.Туманова. – М.: Междунар. отношения, 2009. – 456 с.

Лукашева Е.А. Социалистическое право и личность / Е.А. Лукашева; Отв. ред. В.М. Чхиквадзе; АН СССР. – М.: Наука, 1987. – 160 с.

Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения / М.Н. Марченко. – М.: ООО «Городец-издат», 2002. – 1068 с.

Матузов Н.И. Правовая система и личность / Н.И. Матузов. – Саратов: Изд-во Саратов ун-та, 1987. – 294 с.

Правовая система социализма: В 2 кн. / Редкол.: Кудрявцев В.Н. и др.; Ин-т государства и права АН СССР. – М.: Юридическая литература, 1986. – Кн.1: Понятие, структура, социальные связи. – 367 с.

Правовая система социализма: В 2 кн. / Редкол.: Кудрявцев В.Н. и др.; Ин-т государства и права АН СССР. – М.: Юридическая литература, 1987. – Кн.2: Функционирование и развитие. – 327 с.

Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / Решетников Ф.М., Батлер У.Э., Бойцова В.В. и др.; Отв. ред. А.Я. Сухарев. – М.: НОРМА. Издат. группа «НОРМА - ИНФРА-М», 2000. – 833 с.

Рабинович П.М. Социалистическое право как ценность / П.М. Рабинович. – Львов: Вища школа: Изд-во при Львов. ун-те, 1985. – 167 с.

Саидов А.Х. Введение в основные правовые системы современности / А.Х. Саидов; АН УзССР, Ин-т философии и права. – Ташкент: Фан, 1988. – 217 с.

Саидов А.Х. Сравнительное правоведение и юридическая география мира / А.Х. Саидов; РАН, Ин-т государства и права. – М., 1993. – 148 с.

Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / А.Х. Саидов; отв. ред. В.А. Туманов – 2-е изд., доп и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – 510с.

Спасов Б. Закон и его толкование: Пер. с болг. / Б. Спасов. – М.: Юридическая литература, 1986. – 247 с.

Тихомиров Ю.А. Теория закона / Ю.А. Тихомиров. – М.: Наука, 1982. – 257 с.

Заключение

Право на рубеже тысячелетий

Каждому периоду человеческой истории свойственно сохранение правового наследия и его приумножение. Правопреемственность обеспечивает непрерывность действия права и ту связь явлений и процессов, которая необходима для устойчивости общества, государства и нормальной жизнедеятельности граждан. В то же время динамизм права означает его ориентацию на регулирование возникающих общественных явлений, реагирование на смену государственной политики и перестройку институтов государства. Экономические процессы требуют подвижности методов регулирования и стимулирования и их своевременного обновления. Это подтверждает сохранение закономерностей правового развития.

Право в гражданском обществе и в мировом сообществе становится все более эффективным и авторитетным регулятором многообразных общественных отношений. Многообразие общественных отношений, несомненно, повлечет за собой сохранение или видоизменение специфики правового регулирования собственности, власти, социальной сферы, ресурсных богатств. Приобретая большую самостоятельность, право сохраняет прочные связи с государством.

Общеправовые источники и принципы будут вести к сближению правовых систем. Однако сближение правовых систем пока не сопровождается адекватными изменениями правового сознания людей, их правовых ценностей. Способы и процедуры правореализации остаются неодинаковыми. Столь же очевидна и закономерность усиления сотрудничества и взаимодействия государств как производная от интеграции их экономик и необходимости совместного решения глобальных проблем. Соответственно сближение правовых систем будет выражаться в сходстве объектов регулирования, в согласовании целей и программ правового воздействия на социально-экономические процессы.

Повышение роли международного права будет влиять не только на сферы национального права, но и на его обеспечение. Уже в конце XX в. заметно усиление международно-правового обеспечения тех национально-правовых прин-

ципов и институтов, которые являются общепризнанными. Это касается прав и свобод граждан, демократических ценностей, суверенитета, нерушимости границ и т.п. В то же время развитие общемирового правопорядка может либо усиливаться, либо ослабляться региональными правовыми процессами.

Все более отчетливо выявляется общая закономерность обеспечения правопреемственности как в национально-государственном, так и мировом масштабах. Право будет и похожим, в силу тенденций общеправового развития, и специфичным, сохраняя свои особенности в разных странах. Правовое образование может отличаться своей структурой и степенью унификации. Однако, несомненно, престиж юридических профессий будет расти и далее. Изучение многообразия права станет в третьем тысячелетии еще более масштабной и увлекательной задачей сравнительного правоведения.

Бакулина Л.Т., Губайдуллин А.Р.

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ

Подписано в печать 27.01.2014.

Бумага офсетная. Печать цифровая.

Формат 60x84 1/16. Гарнитура «Times New Roman». Усл. печ. л. 9,53.

Уч.-изд. л. 7,03. Тираж 100 экз. Заказ 44/1

Отпечатано с готового оригинал-макета
в типографии Издательства Казанского университета

420008, г. Казань, ул. Профессора Нужи́на, 1/37
тел. (843) 233-73-59, 233-73-28