

МИНИСТЕРСТВО НАУКИ И ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

**ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ БЮДЖЕТНОЕ**

**ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ**

**«ДОНСКОЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ ТЕХНИЧЕСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ»**

**(ДГТУ)**

Факультет Юридический

Кафедра Теория и история государства и права

**СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ**

**курс лекций**

**для студентов заочной формы обучения**

**по направлению подготовки:**

**40.04.01 (030900) «Юриспруденция»**

**Уровень (Квалификация (степень) выпускника): магистр**

Автор-составитель: к.ю.н., доцент С.В. Рыбак

**Ростов-на-Дону**

**2019**

**Тема: 1.1. Предмет и методы сравнительного правоведения**

1. **Понятие сравнительного правоведения**

Компаративисты до сегодняшнего дня продолжают спорить о природе феномена, который мы называем «сравнительное правоведение» или «сравнительное право». Эти названия, по мнению некоторых компаративистов, создают «ложное» впечатление о том, что данная дисциплина является независимой отраслью права наряду с гражданским, коммерческим и семейным правом.

В современной отечественной литературе в процессе рассмотрения сравнительно-правовой материи термины «сравнительное право» и «сравнительное правоведение» часто употребляются как синонимы.На сегодняшний день опыт юридической жизни показывает, что сравнительное правоведение выросло в целое движение и сформировалось как самостоятельное научное направление юридических исследований. В мировой компаративистике существуют три различных представления о природе данной дисциплины:

* это научный метод познания, лишенный самостоятельного предмета;
* это чистая наука, т.е. самостоятельная дисциплина со своим определенным предметом;
* вспомогательная дисциплина в рамках теории государства и права (часть теории государства и права).

Во Франции и Германии эта дисциплина, - как утверждает американский компаративист Кристофер Осакве, - называется более правильно – «сравнение права», а не «сравнительное право». Так как и Франция, и Германия считаются родиной сравнительного правоведения, это название более правильно раскрывает природу данной дисциплины», - утверждает автор.

Анализируя эти два названия, профессор Ю.А. Тихомиров считает, что «сравнительное правоведение» и «сравнительное право» - вещи разные, т.к. сравнительное правоведение является наукой, а сравнительное право – методологией данной науки. Он утверждает, что такого права, «как сравнительное право» нет, нет такой отрасли позитивного права.

Известно, что неоднозначное понимание права, правовой системы, а вместе с тем, и правовой семьи значительно отражается на различных сторонах процесса их сравнительного познания, а также на названии рассматривающей их в сравнительном плане дисциплины.

Термин «сравнительное право», - замечает по этому поводу Рене Давид, - критиковался множество раз. Без сомнения, - писал автор, - более предпочтительно говорить просто, «как это делают русские (сравнительное правоведение), о сравнении правовых систем или об их сравнительном изучении. Тем не менее, - заключает ученый, - термин «сравнительное право» прочно укоренился в «большинстве языков», и его уже нельзя просто так отбросить или игнорировать.

Как наука – сравнительное правоведение – это совокупность научных знаний о правовых системах современности, материально представленная множеством брошюр, статей, научных докладов. Сравнительное правоведение – это в определенном смысле структурированная концептуально-понятийная система правовых знаний, систематизированные, так или иначе связанные друг с другом представления об основных правовых системах современности, теории применения сравнительного метода, как в научно-познавательном, так и в практико-прикладном аспекте.

В качестве критериев для определения характера сравнительного правоведения как утверждающейся самостоятельной отрасли научного правового знания А.Х. Саидов предлагает принять следующие факторы:

- интенсивный рост проводимых сравнительно-правовых исследований и научных публикация;

- появление систематизирующихся и обзорных работ, включая ретроспективную библиографию, хрестоматии, проведение международных и двусторонних коллоквиумов и конференций по наиболее актуальным проблемам;

- издание специализированной периодической литературы с постоянными методологическими разделами, посвященными сравнительному правоведению;

- создание системы подготовки соответствующих специалистов-компаративистов на факультетах университетов или в других научных центрах, издание учебных программ и пособий;

- формирование национальных и международных научно-исследовательских центров, школ, направлений.

В качестве конструктивного признака, определяющего становление сравнительного правоведения как автономной научной дисциплины, следует рассматривать специфические особенности предмета исследования, положенные в основу дисциплинарной работы и устанавливающие значимость и автономность данной отрасли правового знания, ее статус в системе юридических наук в целом. Другими словами, как наука, сравнительное правоведение имеет свой самостоятельный предмет и метод, свою систему категорий и законов.

Как учебная дисциплина – это предмет преподавания в высших учебных заведениях. Преподавание сравнительного правоведения – в плане введения к изучению основных правовых систем современности или в плане сравнительного изучения отраслей или институтов права – является важным подспорьем для развития современной правовой науки и юридического образования. В их задачу, наравне с изучением национального права, входит также исследование глобальных закономерностей и тенденций развития права в современную эпоху.

**2. Природа и принципы сравнительного правоведения. Виды и методы сравнительно-правовых исследований**

Содержание сравнительного правоведения включает в себя несколько элементов:

* изучение различных нормативных массивов;
* правовых систем;
* овладение приемами их сопоставления и оценка;
* использование способов их отражения и восприятия в тех или иных национально-правовых системах;
* знание тенденций и закономерностей общеправового развития.

Понятия «сравнительное правоведение» и «сравнительное право» нельзя отождествлять. По мнению Ю.А. Тихомирова, первое гораздо «богаче и объемнее по содержанию и обладает комплексным характером». Сравнительное право, - по мнению автора, - вообще вызывает сомнение, поскольку «трудно представить подобную новую разновидность права». Сравнительное правоведение предназначено для сопоставления национального права различных правовых систем, а также национального и международного, не претендуя на новый вид права.

Сегодня является бесспорным, что сравнительное правоведение является ***теорией*** или ***научной дисциплиной*** в ряду отраслей юридической науки. Она имеет:

1. свою ***цель*** – изучать и сопоставлять различные правовые массивы и системы между собой и с нормами международного права, выявлять сходства и различия, определять тенденции общеправового различия;
2. свой ***предмет*** исследования – общее и особенное в различных правовых массивах и системах;
3. свою ***методологию*** – различные методы сравнительного анализа и оценки;
4. свои ***понятия***, которые условно можно разделить на три группы:

- *специальные* («правовое сходство», «правовые различия», «коллизионные нормы», «гармонизация законодательства», «сближение законодательства», «унифицированные правовые акты», «модельные законодательные акты»);

* *общие* – понятия общей теории государства и права («право», «правовая система», «законодательство», «правовой акт», «правовая норма», «государство», «суверенитет государства» и др.);
* *отраслевые* – понятия отраслевых юридических наук, прежде всего конституционного права («органы государственной власти», «парламент», «гражданин») и международного права («международные нормы», «международный договор», «ратификация», «международная организация» и др.).

Подмена и смешение понятий приводят к ошибкам в сравнительном правоведении. Для их унификации и других целей сравнительного правоведения создана целая сеть учреждений по всему миру.

Еще в 1869 г. создано французское общество сравнительного законодательства. В 1900 г. состоялся I Международный конгресс сравнительного права. 13 сентября 1924 г. основана Международная Академия сравнительного права в Гааге. В Швейцарии работает Центр сравнительного права, Институт международного и сравнительного права. С 1947 г. действует Общество сравнительного правоведения Бельгии и Нидерландов, подобных много и в США.

В России работает Институт законодательства и сравнительного правоведения. В последние годы проводятся научные конференции по сравнительному правоведению. В России обзоры сравнительного права публикуются в журналах «Государство и право», «Правоведение», «Московский журнал международного права», «Международного частного права» (Санкт-Петербург), «Ежегодник международного права». Ассамблея государств Содружества (СНГ) выпускает «Вестник Межпарламентской Ассамблеи», где есть обзоры национальных законов.

Цели сравнительного правоведения различаются в зависимости от:

* конкретных правовых идей, которые могут изменяться в зависимости от динамики общественного развития, от перемен социально-экономического обстановки;
* избранного объекта изучения и сравнения (микросравнение норм, актов могут иметь сугубо прикладной смысл; сопоставление отраслей и систем национальных законодательств может обладать явной или скрытой политической направленностью);
* определение правовых задач (пропагандистских, апологетических, критических и проч.).

Главные цели сравнительного правоведения:

1. *Познавательная*. Анализ и оценка правовых явлений применительно к внутригосударственному развитию будут более полными и объективными, когда изучаются их общие и специфические причины; временные и стабильные правовые ситуации в зарубежных государствах и их влияние; факторы, ведущие к изменению иностранных законодательств, к принятию и изменению правовых актов; условия, способствующие или содержащие реализацию права;
2. *Информационная*. Данная цель производна и тесно связана с первой целью. Информационная цель является средством достижения познавательной цели. Она дает возможность получить материалы о развитии и функционировании зарубежных правовых систем, государственных институтов, об их взаимосвязи между собой. Сегодня изолированное правовое развитие невозможно. Информационная цель достигается путем применения следующих средств:

* подготовка справочных материалов о развитии иностранного законодательства;
* информационных обзоров зарубежного законодательства.

Подобные справочные материалы готовят как по страноведческому признаку, так и по отдельным отраслям, подотраслям законодательства, и по отдельным правовым институтам.

Обширные справочные материалы, подготовленные в виде обзоров, справок, статей в научных и иных журналах – это своего рода рефераты, аннотации правовых актов, это – обобщенные и даже иллюстрированные правовые сведения.

1. *Аналитическая*цель является целью более высокого порядка. Благодаря ей, компаративисты стремятся обнаружить корни, истоки правовых явлений в зарубежных правовых системах и тенденции их развития. Именно в процессе достижения этой цели и происходит сравнение. В результате обнаруживается общее и специфическое в сравниваемых правовых системах; появляется возможность использования зарубежного опыта для решения конкретных правовых задач.

Осуществление этой цели находится как бы в процессе достижения познавательной цели с использованием результатов реализации информационной цели. Игнорирование или слабый учет данной зависимости между целями приводит к подмене аналитической цели информационной и к подготовке описательных материалов, обзоров, разработок, статей в журналах без признаков какого-либо анализа и оценки. А это ведет к неверному использованию правовой информации, когда разработчики законов, эксперты, депутаты оперируют ею в готовом виде и механически копируют отдельные правовые решения.

Следующие три вида цели сравнительного правоведения поставлены в зависимость от политической установки субъекта сравнения, от его социальной ориентации.

1. *Интегративная*цель. Она предопределяется курсом государства, либо государств, межгосударственных объединений на гармонизацию и сближение национальных законодательств. Эта цель дает четкую ориентацию в разработке способов гармонизации в их практическом применении, а также действий государств в направлении к данной цели.

Критериями сравнения и оценки национальных законодательств является признание общих интересов государств в согласованном правовом регулировании, поиск и определение объектов такого регулирования, выявление различий в национальных законодательствах и возможных средств их преодоления.

1. *Критическая*цель является противоположной интегративной цели. «Критическое сравнение» было преобладающей целью в сопоставлении правовых систем капитализма и социализма. В трудах советских юристов преобладали откровенно критические оценки не только законодательства буржуазных государств в целом, буржуазных правовых теорий, принципов судопроизводство, но и отдельных законов – о труде, о выборах и т.д.

Сегодня критические оценки иностранных законодательств обусловлены недовольством одной страны политикой другой страны. Это порождает критику в адрес конституционного, торгового, таможенного, банковского, миграционного законодательства. Она может выражаться как в общих политических оценках, так и в негативной оценке положений отдельных законов, ущемляющих интересы приграничных государств, либо содержащих отступления от международных документов.

1. *Пропагандистская* цель служит своеобразным «ответом» на вышеназванную цель. Каждое государство заинтересовано в защите своей правовой системы и пропаганде ее достоинств. Компаративисты для достижения этой цели стремится к некоторому преувеличению значимости отдельных сторон национальной правовой системы. Без внимания остаются положительные аспекты других правовых систем, все составления – «в свою пользу».

Все три последних цели и порождаемые ими критерии являются односторонними.

В арсенале познавательных средств важное место принадлежит сравнению.

Сравнение – неотъемлемая часть человеческого мышления. Это общенаучный и логический прием познания.

Познание любого предмета и явления начинается с того, что мы его отличаем от всех других предметов и устанавливаем его сходство с родственными предметами.

Любое научное сравнение представляет собой своеобразное комплексное явление, единство трех моментов: логического приема познания; процесса, т.е. особой формы познавательной деятельности; особого познавательного результата, знания определенного содержания и уровня.

Плодотворность сравнения зависит не столько от количества и фактической верности отдельных сопоставлений, сколько от строгой их системности, их соподчиненности в решении основной исследовательской задачи.

Иногда в юридической литературе сравнение смешивается со сравнительным методом и даже со сравнительным правоведением. Действительно, по своей природе сравнение и сравнительный метод близки.

Сравнительно-правовой метод является одним из ***конкретных*** способов применения общенаучных методов в исследовании правовых явлений. Его применение является строго ***системным***, ***целенаправленным***. Благодаря его применению становится возможным выявить ***общее, особенное*** и ***единичное*** в правовых системах современности.

Поскольку сравнительное правоведение подразумевает анализ двух и более правовых систем путем сопоставления их отдельных аспектов с целью выявления общих и отличительных свойств, постольку оно схоже со сравнительно-правовым методом.

Таким образом, как метод сравнительное правоведение является одним из важных ***научных средств*** изучения правовых явлений.

Общая методология означает глубокий и всесторонний системный анализ сопоставляемых юридических явлений разных правовых систем с применением комплекса средств сравнения с целью выявления общего, специфического и несравнимого. С нею связаны и ею предопределяются конкретные методики сравнительно-правового анализа, которые нужно разрабатывать и использовать применительно к разным субъектам и объектам сравнительного правоведения.

***Методологические правила сравнительного правоведения***:

1) Правильный выбор объектов сравнительного анализа и корректная постановка целей, обусловленных его природой и потребностями субъекта сравнительного правоведения.

2)Проведения правового сравнения на разных уровнях, с использованием методов системно-исторического, логического анализа, аналогии для выяснения как внутренних связей и зависимостей в рамках сравниваемых правовых систем, так и их развития в контексте конкретного государства и общества.

3) Правильное определение признаков сравниваемых правовых явлений, норм, институтов и т.п., установление общественных и государственных задач, решение которых обусловило их появление и развитие.

4) Выявление степени сходства и различий юридических понятий и терминов, используемых в сопоставляемых правовых системах, актах и т.д.

5) разработка и применение критериев оценки сходства, различий и несопоставимости правовых явлений, институтов и норм.

6) Определение результатов сравнительно-правового анализа и возможностей их использования в нормотворческой деятельности в развитии законодательства и его отраслей, в правоприменительной практике.

Важную роль играют методологически строгие и чёткие подходы к сравнительно-правовым исследованиям, анализам и сопоставлениям. Например, *метод аналогии* в правовой сфере при всей очевидности преимуществ должен применяться очень строго. В противном случае внешнеправовое совпадение может побудить к механическому копированию и ошибочным правовым решениям. Юридическая трансплантация неизбежно приведет к чуждым для конкретной для конкретной правовой системы актам и нормам и их последующему отторжению. Необходимо отметить возможности такой аналогии, которая служит правовой идентификации. Сравнивать нужно не только объекты, формы и методы правового регулирования, но и место акта в конкретной правовой системе и его внутриотраслевые и межотраслевые связи. Иначе отдельно взятый акт из одной правовой системы как образец для аналогичного акта другой правовой системы может дать лишь явно незначительные положительные результаты.

Особо необходимо отметить такой метод, *как государственно***-***правовая идентификация.* Она означает осознанное принятие и даже отождествление гражданина как со своей системой права, законодательства, так и с близкими ему политическими системами по политическим, религиозным и нравственным воззрениям. Нередко граждане латиноамериканских стран лучше и понятнее воспринимают какие-либо акты, нормы то национального, то американского, то испанского права. Балтийские страны в начале 90-х гг. дали пример идентификации своей правовой культуры с принципами и нормами своих конституций и законов 20-30-х гг., а не союзных.

Особо необходимо выделить *идентичность* используемых понятий и терминов. В последние годы ещё более отчётливо выявилась потребность в словаре (глоссарии) специальных терминов.

*Объекты* сравнительного правоведения предполагают использование точных критериев их анализа и оценки. Компаративисты нередко ограничиваются констатацией сходства и различий, а практики-законодатели, управленцы, судьи подчас руководствуются прагматическими соображениями («годится», «не подходит»). Поэтому необходимо выделить следующие *критерии сравнения и оценки*:

- по субъекту, управомоченному действовать;

- по объёму и характеру правил поведения;

- по обеспеченности норм санкциями, стимулами и т.п.;

- по связи с другими нормами;

- по положению акта в системе отраслевого и общего законодательства;

- по условиям и времени принятия;

- по эффективности, т.е. по отношению граждан и органов, и степени реализации.

По форме анализа в сравнительном правоведении выделяют следующие *направления сравнения* правовых систем:

1. по институтам проводят макро - и микросравнение.
2. по целям – функциональное (практическое) и теоретическое (научное) сравнение;
3. по уровням – межсистемное, внутрисистемное, внутринациональное, историческое и межотраслевое сравнение.

Предметом сравнения могут быть существовавшие в прошлом правовые системы и их компоненты, т.е. сравнение может носить исторический характер. Тогда оно называется диахронным сравнением.

Однако, чаще всего, предметом сравнения являются действующие правовые системы. Это синхронное сравнение. При этом, выявляются тенденции к их сближению, которые и становятся преимущественно объектом сравнительно-правового анализа.

Сравнение правовых систем одной и той же правовой семьи позволяет:

* изучить их общие законы развития;
* выявить причины расхождений в этих правовых системах;
* обнаружить наилучшие для тех или иных условий способы правового регулирования;
* изучить вопрос о возможности взаимного усвоения юридического опыта в области правотворчества и правоприменения.

Сравнение внутри одного государства (федеративного или унитарного) характеризуется как внутренние. Оно позволяет дать общую характеристику определенной национальной правовой системы. При внутреннем сравнении чаще всего речь идет о правовых системах (законодательствах) федеративных государств. В США сравнение законодательств штатов именуется межштатным сравнением.

Однако, внутренне сравнение можно успешно осуществлять не только в федеративных, но и в унитарных государствах, при чем как в историческом разрезе, та и синхронно. Для внутреннего сравнения в рамках унитарного государства на синхронном уровне весьма полезные материалы дают смешанные правовые системы. В этом случае внутреннее сравнение помогает уяснению значения различных слоев (элементов различных правовых систем) одной унитарной национальной правовой системы.

Для сравнения может быть взята своя национальная правовая система и какая-то одна иностранная. Также для сравнения можно избрать правовые системы определенного географического региона – региональное сравнение – или же различные международные объединения и организации.

Эти два вида сравнения характеризуются как внешние сравнения.

Внутреннее и внешнее сравнения различаются по своему предмету, целям и результатам.

Микросравнение – это сравнение, проводящееся на уровне правовых норм и институтов. Оно может быть как внутренним так и внешним.

Макросравнение – это сравнение на уровне правовых систем в целом.

Сравнение в мировом масштабе называется универсальным или глобальным. При глобальном сравнении можно достичь относительно полного результата лишь проводя сравнение с указанием правовой семьи, к которой та или иная национальная правовая система принадлежит.

На практике глобальное сравнение не бывает исчерпывающим, он практически невозможно, так как усложняется в связи не только со значительным увеличением числа правовых систем, но и с качественным фактором.

Глобальное сравнение своим предметом имеет основные правовые системы современности, позволяет выявить место и взаимоотношения, взаимосвязи основных правовых систем современности на правовой карте мира и имеет теоретико-позновательную цель. Оно может осуществляться как на уровне правовых систем в целом, так и на уровне ведущих отраслей права, а также в региональном аспекте.

Нормативное сравнение – это такой способ сравнения, при котором сравниваются правовые нормы, институты, законодательные акты.

Иногда такой подход трактуется как формально-юридический (догматический) анализ, доктринальные традиции которого были заложены юридическим позитивизмом еще на заре возникновения сравнительного правоведения в XIX в.

Нормативное сравнение привело к двум существенным выводам:

* внешне идентичные юридические термины не всегда имеют одно и то же значение в различных правовых системах (например, в англосаксонской и романо-германской правовой семье);
* те же самые правовые нормы и институты могут выполнять различные функции (иногда иностранное право регулирует сравниваемые общественные отношения другой отраслью права или даже не правовыми средствами – моральными или религиозными).

В настоящее время нормативное сравнение теряет актуальность в результате того, что попытки в прошлом унифицировать все правовые системы, создать мировое наднациональное право потерпели неудачу.

Недостатки нормативного сравнения вынудили компаративистов обратиться к так называемому функциональному сравнению.

Функциональное сравнение начинается не с признания определенных правовых норм и институтов в качестве отправного пункта сравнения, а с выдвижения определенной социальной проблемы, и уже затем – поиска правовой нормы или института, с помощью которого проблема может быть решена. Таким образом, расширяется круг вопросов, подлежащих сравнению, в первую очередь за счет практики применения правовых норм и юридической доктрины. Сравнение идет не от нормы к социальному факту, а, наоборот, от социального факта к его правовому регулированию.

В функциональном сравнении правовые институты и нормы считаются сравнимыми, если они решают сходную социальную проблему, хотя и диаметрально противоположным образом.

**3. История становления сравнительного правоведения**

Институализация сравнительного правоведения во Франции, Англии и Германии началась в ХIХ в. Во Франции в 1831 г. в Колледже де Франс в Париже «была создана кафедра сравнительного права, на которой разрабатывались курсы лекций как по общей теории сравнительного права, так и по отдельным институтам и отраслям права», а в 1846 г. на юридическом факультете Парижского университета образуется кафедра сравнительного уголовного права, по которому здесь читались лекции еще с 1838 г.

В 1834 г. во Франции начинает издаваться первый специализированный журнал под названием «Журнал иностранного законодательства».

В 1869 г. во Франции возникло Общество по изучению сравнительного законодательства, а в 1873 г. в Париже «был создан Институт международного права, в котором широко проводились исследования в области международного частного права с использованием метода сравнительного правоведения».

В 1900 г. во Франции состоялся первый Международный Конгресс сравнительного правоведения. В 1920 г. в Лионе Э. Ламбер создал Институт сравнительного права.

В 1924 г. была создана Международная академия сравнительного права, а в 1932 г. при Парижском университете Институт сравнительного права.

По мнению исследователей в первой половине XIX в. центром сравнительного правоведения была Германия, а во второй половине XIX в. Франция.Одним из видных ученых был Р. Салейль.

В Лондоне в 1848 г. Специализированный комитет Палаты общин принял решение о создании кафедр сравнительного правоведения. В 1869 г. появились первые кафедры по сравнительному правоведению в Кэмбридже и Оксфорде.

В 1894 г. в Англии было создано Общество сравнительного законодательства, а в колледже Университета Лондона «была открыта кафедра истории права и сравнительного правоведения».В 1895 г. на базе Общества сравнительного законодательства стал издаваться ежеквартальный «Журнал Общества сравнительного законодательства». С 1928 г. Общество стало называться «Обществом сравнительного законодательства и международного права», а журнал «стал называться журналом «Международного и сравнительного права».

Развитие внешней торговли способствовало развитию сравнительного права.

«В США в первые десятилетия существования американского государства отмечалась большая неприязнь ко всему английскому…».

В Германии с 1878 г. издавался «Журнал сравнительно-правовой науки». В 1894 г. «было создано «Международное объединение сравнительно-правовой науки и экономических учений». В 1916 г. при Мюнхенском университете был открыт Институт сравнительного правоведения».В Гамбурге действует сейчас Институт иностранного и международного частного права имени М. Планка, действуют и другие институты.

Однако основы сравнительного права заложили представители исторической школы права (Ф. Савиньи).

Историческую школу права критиковал Э. Ганс из гейдельберской школы сторонников Г. Гегеля. Э. Ганс сравнивал семейное и наследственное право разных народов от римлян, индусов, китайцев, иудеев до народов Северной Америки. Его четырехтомная работа «Наследственное право во всемирно-историческом развитии» считается началом современного сравнительного права (Л.-Ж. Константинеско).

Западно-европейская юридическая наука развивалась вместе с обществом, вырабатывая представления о наилучшем государственном устройстве и справедливом праве. Но в Индии и Египте все это было раньше. В.М. Сырых отмечал, что «…историю правовой науки, как и историю общества, можно подразделить на четыре большие по времени эпохи: Древний мир, Средневековье, Новое время и современный период». По его мнению, «начало западноевропейской правовой науки было положено в Древней Греции в VII веке до н.э.» от теологов-поэтов Орфея, Гомера, Гесиода, а потом в VI веке до н.э. Ферекидом. Были разработаны этические правила. Но «наивысшего расцвета политико-правовая мысль древних греков достигла в работах Платона и Аристотеля».В 387 г. до н.э. Платон основал Академию, а в 322 г. до н.э. Аристотель создал Лицей. Имел свою школу и Эпикур (стоик, атеист).

После завоевания Древней Греции римлянами, развитие правовой науки связано с именами римских ученых и политиков: Гаем Марком Аврелием, Павлом, Сенекой, Ульпианом, Цицероном. Разрабатывается частное право, публичное право, возникли образовательные учреждения.

Цицерон (106-43гг.) рассматривал проблему соотношения права и справедливости, исходя из соответствия права божественной воле.

Сенека (4 г. до н.э. - 63 г. н.э.) писал о равенстве индивидов.

Право изучали жрецы, а с 254 г. до н.э. Тиберий Корунканий стал его преподавать любому желающему.

В I в. н.э. Сабиан создал частную школу юристов. В IV-V вв. такие школы с четырехлетним сроком обучения появились в Александрии, Афинах, Бейруте, Константинополе, Риме и других городах.

Эпоха Средневековья не очень способствовала развитию науки.

Голландец Гуго Гроций (1583-1645 гг.) в 15 лет получил степень доктор права. В 1625 г. во Франции публикует книгу «О праве войны и мира» по проблемам международного права, где дает понятие права, государства как субъекта международного права. Право основывается не на воле Бога, а на природе человека. Стремление людей к общению есть источник права. Но он не отрицал то, что Бог - творец всего сущего. Признает божественное и естественное право. Требование естественного права – соблюдение обещаний. Нормы позитивного права должны соответствовать естественному праву, которое не изменит даже Бог. В основе международных отношений должны быть право и справедливость. Войны бывают справедливые (оборона) и несправедливые (завоевания, грабежи). Государства – продукт деятельности людей, следствие общественного договора, породили право частной собственности.

Становление сравнительного правоведения в России. Изучалась история славянского законодательства в Харьковском университете. М.М. Ковалевский (1851-1916 гг.) читал курс сравнительной истории права. Он изучал обычное право народов Кавказа. П. Виноградов был специалист по Средневековью. Он был действительным членом русской академии, а с 1903 г. вплоть до самой кончины занимал кафедру сравнительной юриспруденции в Оксфордском университете (после Г. Мэна и Ф. Поллака).

Историческую школу в Германии критиковали за национализм. А. Фейербах утверждал, что «ни один народ не следует рассматривать исключительно под углом зрения его индивидуальности и, соответственно, право любого народа должно считаться составной частью общей панорамы». А. Фейербах разработал проект Уголовного Кодекса Баварии, сравнивал французские и итальянские Уголовные Кодексы.

Сравнительное правоведение открывает безграничные возможности для рассмотрения права в историческом аспекте, в контексте гражданского общества, в системной связи правовых явлений и их типизации.

Результаты сравнительно-правового изучения могут быть весьма разными. По своей форме они могут быть выражены в виде итогов, выводов, специальных научных исследований, в книгах и в журнальных статьях.

По своему содержанию результаты сравнительного правоведения зависят от правильно поставленных целей, и умело избранных объектов.

Степень и масштабы использования результатов сравнительно-правового изучения определяются тем, кто их применяет. Как отмечает Ю.А. Тихомиров, «пока не удается добиться даже относительной равномерности использования компаративистских результатов». Причины автор указывает следующие: неготовность «реализаторов»; неопределенный, расплывчатый вид рекомендаций и предложений; отсутствие видимой связи между внутриправовыми и внешнеправовыми явлениями и процессами; слабая «компаративистская образованность» кадров.

**Тема 1.2. Правовые системы и правовые семьи: понятие, виды, классификация**

**1. Понятие «правовая система» и «правовая семья»**

Объект сравнительного правоведения – это любые сопоставляемые друг с другом государственно-правовые явления. Они возникают не эпизодически, спонтанно. Объекты находятся в непрерывном процессе движения, возникновения, изменения. Исходя из правовых потребностей, исследователь, специалист ставит перед собой те или иные цели сравнительного изучения. Постановка целей и выбор средств их достижения предопределяются умелым выбором объектов сравнительного правоведения.

Общие черты объектов сравнительного правоведения:

1) Есть объекты, которые всегда и при любых условиях требуют внимания, наблюдения, изучения, анализа.

2) Ряд объектов периодически может попадать в поле зрения компаративиста в зависимости от целей, которые перед ним стоят,

3) Некоторые объекты сравнительного правоведения требуют серьёзных усилий по их обнаружению и выявлению тех или иных свойств, тенденций и характеристик, которые позволяют их « описывать».

4) Объекты сравнительно-правовых исследований, которые так или иначе связанны между собой. И даже занимаясь одним объектом, нельзя не учитывать его связь и соотношения – скрытые, обнаруживаемые, очевидные – с другим объектом.

По мнения Ю.А. Тихомирова, «объекты сравнительного правоведения – не умозрительные задачи кабинетных ученых, а реальные общеправовые явления и процессы, требующие анализа, оценки и принятия адекватных государственно-правовых мер и осуществления необходимых действий».

Среди различных объектов сравнительного правоведения, прежде всего, называется такой наиболее обширный по масштабам и наиболее подвижный объект, как сама «правовая действительность».

1. *Правовая действительность, правовая реальность* – состояние и изменения в государственно-правовой сфере. Сюда относятся:

* процессы развития иностранных государств, их политики, особенно в правовой сфере, государственных институтов, политический режим (отношение к праву как к явлению общественной жизни, законотворчеству и роли закона, к эволюции системы законодательства и его отраслей), состояние юстиции, судов, прокуратуры, органов внутренних дел и др. – правоприменение, также само государство через призму права.

При таком широком подходе в орбиту изучения включается и такой феномен, как государство. Но для сравнительного правоведения нет надобности изучать и сопоставлять этот феномен в полном объёме, поскольку политология и теория государства заняты им во всех гранях и прявлениях, Хотя, разумеется, грани тут проводить довольно сложно.

В зарубежной литературе по теории государства, политологии, конституционному и административному праву широко применяется метод сравнительного анализа. Например, в книге финского политолога Т. Ванханена «Появление демократии. Сравнительное изучение 119 государств, 1850-1979 гг.», изданной в Хельсинки в 1984 г., автором приводятся «показатели» и «меры» демократичности (число голосующих на выборах, развитие партий и др.), что позволило применить их к разным странам. Была установлена корреляция, зависимость между условиями и этапами их развития и уровнем демократичности.

В отечественной науке заслуживает внимание книга В.Е. Чиркина «Элементы сравнительного государствоведения». В ней дан анализ современных концепций и видов государства, форм государства, систем государственных органов и местного самоуправления. Сделан вывод о происходящей дифференциации государственной власти, на которую оказывают растущее влияние общегумманистические ценности человечества. Наряду со сближением государственных институтов возрастает их разнообразие, взаимопроникновение. Появляются новые институты. Само государство не рассматривается как власть с неограниченным суверенитетом, хотя его роль в управлении общими делами не уменьшается.

1. *Вопросы принадлежности правовых явлений и институтов в той или иной «правовой семье»*:

Категория «правовая семья» служит для обозначения группы правовых систем, имеющих сходные юридические признаки, позволяющие говорить об относительном единстве этих систем. При изучении иностранного права и использования сравнительного метода понятие «правовая семья» дает возможность сконцентрировать внимание на определенных «моделях», представляющих определенные типы права, в которые входит более или менее значительное количество этих систем. Терминологическое обозначение этих групп различно. Например, французский ученый Р. Давид использует термин «семья правовых систем»; К. Цвайгерт, К.Г. Эберт – «правовые круги»; С.С. Алексеев – «структурная общность». Термин «правовая семья» наиболее распространен в отечественной и зарубежной литературе.

Под правовой семьей в научной и учебной литературе понимается совокупность национальных правовых систем, объединенных общностью исторического формирования, структуры, источников, ведущих отраслей и правовых институтов, правоприменения, понятийно-категориального аппарата и юридической науки.

Распространенные в компаративистике словосочетания «правовая семья», «семья систем права», «правовая система» - это не понятия, а всего лишь условные названия для обозначения соответствующих групп правовых феноменов. Еще Р. Давид в своем труде «Основные системы современности» указывал, что «понятию «правовая семья» не соответствует какая-либо биологическая реальность; оно используется лишь в дидактических целях, чтобы выявить сходство и различия систем действующего права».

Романо-германская (континентальная), англосаксонская, религиозно-нравственная и иные правовые семьи обогащают правовую картину мира.

Признаки правовых семей, которые существенным образом влияют на национальные мировоззренческие истоки и идеологические представления, взгляды:

* природа и удельный вес источников права;
* отношение граждан к праву;
* роль институтов государства и общества в поддержании правовых режимов.

Отсюда выявляются сходства законов, юридической формы, структуры конституций, институтов договоров, ответственности и др.

Без подобных первопричин компаративисту трудно понять похожие юридические формы и внешне наблюдаемое сходство законов, структуры конституций, институтов договоров, ответственности и др. Влияние правовых семей всегда нужно учитывать, хотя бы и как самое отдалённое.

1. *Правовые учения, концепции и правовые взгляды*. При сопоставлении обнаруживаются различия в уровне национального правового сознания, правовой культуры.

Так, для Англии, Германии характерно законопослушное население; в Азии, Африки, Индии – отдается предпочтение религиозно-нравственным постулатам; в России население, не усвоившее глубоко идею верховенства закона, приучено к административно-распорядительным актам и действиям и т.д.

Большую возможность для сопоставления дают правовые учения и концепции государства, власти, права (верховенство закона, права, разделения властей, презумпция невиновности). Более специфичны научные концепции ученых-юристов (правовые школы).

Не редко, например, различаются доктрины видов государственных институтов. Так в конституционном праве России есть понятия «государственная власть», «разделение властей», в конституционном праве Республики Молдова - «публичные власти», в законодательстве Германии и Франции используется понятие «публичное учреждение». В Латвии понятие «институция» охватывает государственные органы и местное самоуправление.

1. *Правовые системы государств.*

В отечественной литературе, начиная с середины ХХ в. категория «правовая система» в значении «национальной правовой системы» интенсивно разрабатывается, и в настоящее время она прочно вошла в научный оборот, а также закрепилась в юридической практике и в законодательных актах. Так, в ст. 15 Конституции Российской Федерации использовано нормативное понятие «правовая система».

Однако диапазон применения категории «правовая система» в теоретических исследованиях является достаточно широким. Это вызвано рядом обстоятельств. Главными причинами разнообразия в понимании и определении правовой системы являются нечеткость рамок содержательной стороны объекта исследования. Так, *А.Х. Саидов* полагает, что для понимания правовой системы ключевыми являются категории «правопонимание», «правотворчество» и «правоприменение».

В свою очередь *Ю.А. Тихомиров* в своей книге «Курс сравнительного правоведения» определяет содержание этой категории следующим образом: «Правовая система государства есть структурно организованный нормативный массив, ориентированный, формируемый и действующий на основе общих принципов». По мнению Ю.А. Тихомирова, элементами, составляющими правовую систему, являются: 1) цели права; 2) принципы построения; 3) порядок правотворчества; 4) законы; 5) подзаконные акты; 6) акты местного самоуправления; 7) одобренные международно-правовые связи и соотношения.

Такое узкое нормативное содержание правовой системы, на наш взгляд, не дает полного представления об этом феномене.

Более широкое понимание правовой системы встречаем у *С.С.* *Алексеева*. Автор выделяет следующие ее элементы: 1) собственно объективное (позитивное) право; 2) юридическая практика; 3) правовая идеология. Той же позиции придерживается профессор *Г.И. Муромцев*. Правовую систему он определяет как «научную категорию, дающую многомерное отражение правовой действительности конкретного государства на ее идеологическом, нормативном, институциональном и социологическом уровнях». По мнению Г.И. Муромцева, правовая система включает в себя следующие разнородные элементы: 1) доктринально-философский (правопонимание, понятия, категории права и т.д.); 2) нормативный, т.е. совокупность действующих в обществе правовых норм; 3) институционный, т.е. юридические учреждения – правотворческие и правоприменительные и 4) социологический, т.е. правоотношения, применение права, юридическая практика.

Как видим, иногда категория «система» применяется авторами к явлениям правовой реальности в плане целостного, системного рассмотрения права или родственных ему интегративных образований, что дает исследователям возможность называть правовой системой ту или иную целостность правовых явлений (система позитивного права, система нормативных актов, система источников права и т.д.).

Иными словами,правовая система – это структурно-организованный нормативный массив, ориентированный, формируемый и действующий на основе общих принципов. В ней можно выделить:

* цели права;
* принципы построения;
* порядок правотворчества;
* законы;
* подзаконные акты;
* акты местного самоуправления;
* международные правовые акты и нормы одобренные;
* внутрисистемные правовые связи и соотношения.

1. *Правовые массивы и комплексы*, складывающиеся в межгосударственных объединениях.
2. *Национальное законодательство* (общие характеристики законодательных систем, совпадающие тенденции развития и особенности). Часто совпадают:

* истоки законодательств;
* критерии классификации ее отраслей;
* предметы и объем регулирования в рамках отраслей;
* соотношение различных отраслей и т.д.

Данный объект сравнительного правоведения чаще привлекает внимание компаративистов, поскольку позволяет им найти как общие характеристики законодательных систем, совпадающие тенденции их развития, так и немалые особенности. Речь идёт о сопоставимости истоков законодательств, критериев классификации её отраслей, о соотношении различных отраслей, предметов и объёмов регулирования, о межсистемных правовых связях. Устанавливается реальная роль закона и пределы собственно законодательного регулирования. А отсюда сходным или несходным будет соотношение закона и подзаконного акта. Ведь удельный вес источников права весьма неодинаков в разных странах.

1. *Отрасли, подотрасли законодательства* и нормативные массивы.

В рамках правовых семей отраслевая классификация в основном может совпадать, хотя внутреннее наполнение их отличается своеобразием .Предмет, объём и методы регулирования, соотношение кодексов и иных отраслевых правовых институтов различаются весьма существенным образом. Необходимо умело определять то, как оформляется, как структурно распределяется разный нормативный материал. К нему относятся преимущественно законы, а в России и ряде других постсоветских государств ещё и нормативные указы президентов и постановления правительств.

1. *Правовые институты* – комплексы правовых актов, регулирующие сходные общественные отношения. Их сопоставление часто служит предметом сопоставления и анализа. Причём отраслевые и межотраслевые институты по-разному рассматриваются, они не всегда легко обнаруживаются. Приходится знакомиться не с одним, а с несколькими или многими правовыми актами, входят ли они в состав одной или нескольких отраслей. Институты договоров, правосубъектности, ответственности, избирательные системы - это лишь некоторые примеры из данной области.

К. Цвайгерт, Х. Кетц, например, выделяют такие своеобразные правовые институты общего права, как представительство, право отвода, возмещение ущерба, доверительная собственность, право доказательств.

1. *Законы и правовые акты* – самый распространенный объект сравнительного правоведения. Потребности законотворчества часто побуждают черпать из них ту аналогию, которая облегчает поиски своего предмета законодательного регулирования, его форм и методов. Доступность иностранных законов делает их наиболее пригодным нормативным источником для сравнения и использования. Как верно указывает Ю.А. Тихомиров, эта доступность таит в себе соблазн быстрого подражания и даже копирования. В дальнейшем может возникнуть эффект отторжения чужеродного акта из ткани нормативного массива.

*Поэтому необходимо иметь в виду при изучении законов и иных актов иностранных государств следующее*:

- правильно оценить пределы совпадения и несовпадения предметов регулирования сравниваемых законов;

- точно выяснить место данного акта в системе отраслевого или межотраслевого регулирования и его соотношение с другими актами;

- изучить информацию о практике применения сравниваемого закона во избежание формальных аналогий.

1. *Правовые нормы* – сопутствующий, нередко и самостоятельный объект сравнительного правоведения. Далеко не всегда совпадают классификации правовых норм, которыми пользуются в разных национальных правовых системах. Их разновидности могут быть весьма своеобразными, например нормы-принципы, нормы-дефиниции, нормы-санкции и т.д. Не менее важно правильно оценить структуру сравниваемых правовых норм, поскольку оформление правовых норм, их формулирование и словесная форма выражения требуют серьёзных интеллектуальных усилий и специальных знаний. К тому же традиционная триада элементов рассыпается в структуре закона.
2. *Юридическая техника* – совокупность приемов и правил структурирования и выражения правовых норм, построения правовых актов (здесь отражаются особенности языка, культуры, традиций законодательного процесса).

Например, по структуре Конституция России делится на преамбулу (без названия), разделы первый и второй, главы и статьи. Конституция Франции имеет преамбулу (именно так и названа), разделы и статьи, Конституция Италии - «Основные принципы», или введение, далее части, главы (иногда есть внутри и разделы), статьи. Конституция Японии содержит вводную часть, главы, статьи. В Конституции США есть введение, статьи, подразделяемые на разделы.

Таким образом, объединение и структурирование нормативного материала производятся и сходным, и своеобразным путём. По этой причине далеко не всегда сопоставимы отдельные структурные части конституций, законов и иных правовых актов. Можно заметить и отличия в способах отсылок к другим актам - к конкретным актам, к актам определенного вида и содержания, в порядке введения норм законов в действие путем указания в тексте закона условий и сроков введения в действие отдельных статей (Англия), принятия постановления или закона о порядке введения в действие норм закона в России.

С этим связано и то или иное значение юридических понятий и терминов. Оно укоренилось в правовой доктрине и практике государств, и сходный смысл общих понятий соседствует со специфическим значением других. К тому же ещё большее разнообразие вносит известный прием объявления нормативного содержания понятий в отдельном законе (в России, Германии, Франции и др.). И это требует тщательного установления точного смысла понятий и терминов, ибо в противном случае сопоставление их нормативного выражения будет скорее внешним и не даст верной картины.

**2. Классификация правовых систем современности**

Если в начале текущего столетия основным вопросом сравнительного правоведения был вопрос «Что такое сравнительное право: метод или наука?», то ныне на первый план выдвигается проблема классификации правовых систем, другими словами, учение о правовых семьях, которое, по мнению французского компаративиста И. Зайтаи, является «путеводной нитью в лабиринте множества и разнообразия позитивных правовых систем».

Вопрос о сравнительном изучении правовых систем, как прошлого, так и настоящего времени в зарубежной компаративистике был поставлен еще между двумя мировыми войнами американским ученым Дж. Вигмором. Но самое широкое развитие это направление исследований получило с 60-х гг. XX столетия.

Проблема классификации правовых систем на определенные группы, или семьи, является одной из основных и уже давно привлекающих внимание компаративистов мира проблем сравнительного правоведения.

В поисках развернутой классификации основных правовых систем юристы-компаративисты брали за основу самые различные факторы, начиная с этических, расовых, географических, религиозных и кончая правовой техникой и стилем права. Нередко в предлагаемых классификациях вообще трудно было обнаружить какую-то четкую основу.

По мнению французского компаративиста Р. Родьера, в юридической компаративистике «классификаций существует почти столько же, сколько и компаративистов». Участники I Международного конгресса сравнительного права в 1900 г. различали французскую, англоамериканскую, германскую, славянскую и мусульманскую правовые семьи. В 1919 г. во время 50-го юбилея французского Общества сравнительного законодательства его участники ограничились классификацией, состоящей из трех правовых семей: французской, англоамериканской, мусульманской. В начале XX в. французский юрист А. Эсмен подразделял правовые системы исходя из особенностей их исторического формирования, общей структуры и отличительных черт на следующие группы: латинская (романская) группа (в эту группу включались французское, бельгийское, итальянское, испанское, португальское, румынское право и право латиноамериканских стран); германская группа (германское право, право Скандинавских стран, австралийское, венгерское право); англосаксонская группа (право Англии, США и англоязычных колоний); славянская группа; мусульманская группа. Римское право и каноническое, по мнению А. Эсмена, представляют собой две оригинальные системы. Если классификация Эсмена, по мнению Армижона, Нольде, Вольфа, была искусственной, то К. Цвайгерт и X. Кётц оценивают ее как весьма удачную систему для своего времени.

Во второй половине XIX в. идея объединения правовых систем по примеру лингвистики в определенные группы сильно привлекала юристов. Если немецкие ученые производили объединение правовых систем в юридические семьи на основе главным образом расового и языкового признаков, то Е. Глассон отказался выводить юридическое «родство» из этнического и считал, что в основе его лежат юридико-исторические факторы. Свою классификацию он проводил на примере правового института брака и развода.

Е. Глассон классифицировал правовые системы на основе их исторического происхождения и разделял современные ему правовые системы на три группы. Первую составляют страны, в которых с наибольшей силой проявилось влияние римского права, – это Италия, Румыния, Португалия, Греция, Испания. Вторую – страны, где римское влияние невелико и право основано преимущественно на обычаях и варварском праве, – это Англия, Скандинавские страны, Россия. В третью группу он включил правовые системы, которые вобрали в себя в равной мере черты римского и германского права, – это Франция, Германия, Швейцария. Такая классификация не выдерживает критики хотя бы потому, что вторая группа определяется по признаку отсутствия влияния римского права. В ней нет никакого внутреннего единства. Какая связь существует между английским общим правом и русским правом? Если следовать методу Глассона, то в эту группу с равным успехом можно включить мусульманское право, право Китая и Индии, которых объединяет лишь то, что здесь отсутствует влияние римского права.

Для А. Леви-Ульмана критерием классификации правовых систем служила роль различных видов источников права в каждой из правовых групп: 1) правовой системы континентальных стран; 2) англосаксонской правовой системы, т.е. системы стран «обычного (прецедентного) права»; 3) права ислама, которое в отличие от двух первых правовых систем характеризуется своей почти абсолютной неподвижностью и религиозным характером.

Швейцарский ученый Г. Созер-Холл в основу своей классификации правовых систем положил расовый признак. Соответственно, он различал индоевропейскую, семитскую и монгольскую правовые семьи, а также семью нецивилизованных народов и подразделял индоевропейскую правовую семью на индусское, иранское, кельтское, греко-романское, германское, англосаксонское, латышско-славянское право. Может ли такая классификация претендовать на научное значение? По-видимому, вряд ли.

Одну из самых значительных попыток дать общую панораму правовых систем предпринял Дж. Вигмор в своей трехтомной, объемом более 1000 страниц, работе «Панорама правовых систем мира». Он сводит все ранее существовавшие и современные ему правовые системы к 16 основным правовым системам: египетская, месопотамская, иудейская, китайская, индусская, греческая, римская, японская, мусульманская, кельтская, славянская, германская, морская, церковная, романистская, англиканская. Здесь трудно обнаружить какую-то четкую основу для классификации. Вместе с тем работа Дж. Вигмора содержит большой историко-правовой информационный материал. Автор широко применяет метод, названный им иллюстрационным. Например, при рассмотрении каждой из основных правовых систем он приводит несколько десятков фотографий исторических памятников права, зданий правоприменительных органов, представителей юридических профессий. В конце третьего тома дается карта современных автору правовых систем.

Дж. Вигмор прав в том, что для правильного понимания современных правовых систем необходимо знание прошлых. Но в своей классификации он смешивает синхронный и диахронный аспекты классификации правовых систем.

При исследовании основных правовых систем современности на первый план выдвигается, прежде всего, вопрос об их классификации. Нам представляется, что если глобальная типология – это прерогатива общей теории государства и права, то классификация – это прерогатива сравнительного правоведения. Разумеется, эти два вида не должны противопоставляться. Они характеризуются взаимосвязью, взаимообусловленностью, взаимодополнением. При этом глобальная типология выполняет роль методологической основы для классификации. Последняя, конкретизирует и в известном смысле формализует наиболее общие типические признаки правовых систем. Классификация невозможна без учета ее взаимосвязи с особенностями глобальной типологии и наоборот. Только единство глобальной типологии и классификации правовых систем дает возможность составить целостное представление о правовой карте мира.

В основу классификации могут быть положены более широкие или, наоборот, более узкие исходные географические сферы; она может носить исторический (диахронный) или логический (синхронный) характер; ее можно проводить как на уровне правовых систем, так и в рамках отдельных отраслей права. Отсюда вытекает принципиальная возможность множественности классификаций, построенных по различным критериям и с разными целями. Привлечение различных юридических критериев классификации позволяет охватить разные аспекты и стороны функционирования правовых систем и тем самым глубже раскрыть отдельные закономерности правового развития.

Результатом классификации правовых систем является систематическая единица – правовая семья. Каждая правовая семья имеет свой специфический комплекс непосредственных юридических детерминант. Понятие «правовая семья» отражает те особенности некоторых правовых систем, которые являются результатом сходства их конкретно-исторического развития: структуры, источников, ведущих отраслей и правовых институтов, правовой культуры, традиций, особенностей правоприменительной деятельности, юридического мышления и т.д.

Как уже отмечалось, категория «правовая семья» отражает относительную самостоятельность правовой формы, особенности технико-юридического содержания права.

Классификация возможна как на уровне правовых систем, так и на уровне ведущих отраслей права. Эти две разновидности классификации не противоположны друг другу. Однако такое различие имеет определенное значение, поскольку смешение их критериев и целей часто приводит к неправильным выводам. Например, вызывают возражение два противоположных утверждения, с которыми можно встретиться в юридической литературе. Одно из них заключается в отказе от классификации на уровне правовых систем на том основании, что для этого нет подходящих классификационных критериев. Согласно другому мнению, «классификация по отраслям права вряд ли целесообразна». На наш взгляд, классификация на уровне правовых систем не только возможна, но и необходима, причем это отнюдь не означает, что она нецелесообразна по отраслям права.

Специфика отраслевой классификации определяется задачей наиболее дифференцированного подхода к правовой карте мира. При этом в каждом отдельном случае достаточно одного или двух критериев. Таковыми могут быть специфические правовые институты, источники права, сфера правоприменения и т.д. Одну и ту же правовую систему можно отнести к разным правовым семьям в зависимости от того, какая отрасль (или отрасли) права берется в качестве критерия. Например, если правовые системы латиноамериканских стран при классификации, основанной на частном праве, окажутся с некоторыми отклонениями в романо-германской правовой семье, то при классификации, основанной на конституционном праве, большинство этих стран попадает в группу американского права в семье общего права. Или другой пример. Скандинавское право тяготеет к романо-германским системам, но если исходить из того, что в нем значительно менее заметна грань между частным и публичным правом, то оно окажется ближе к общему праву.

Безусловно, что все отраслевые классификации в той или иной мере содержат признаки, характеризующие классификацию и на уровне правовых систем. Представляется, что классификация на уровне правовых систем более всего целесообразна на основе сочетания, органического единства нескольких систем признаков, т.е. в основу классификации должен быть положен не один-единственный, а значительное число критериев. Использование системы критериев позволяет не замыкаться на одном из них, а в соответствии с принципами логики учитывать особенности различных компонентов правовых систем.

Правильность выбора системы критериев определяется, прежде всего, выполнением требований, предъявляемых ко всякой логически стройной классификации. Основным среди них является отражение в классификации характерных признаков, присущих всем правовым системам той или иной правовой семьи. При этом следует особо отметить, что критерии классификации могут быть различны.

Для выделения основных правовых семей наиболее существенными являются три взаимосвязанные группы критериев: история правовых систем; система источников права; структура правовой системы: ведущие правовые институты и отрасли права. Эти критерии позволяют раскрыть качественную специфику той или иной правовой семьи. Они являются критериями не только синхронного описания, но и диахронного анализа правовых семей. Исходя из этих взаимосвязанных критериев, можно выделить следующие правовые семьи: общего права, романо-германскую, скандинавскую, латиноамериканскую, социалистическую, мусульманскую, индусскую, обычную, дальневосточную.

В классификации правовых систем современности есть еще ряд интересных и спорных вопросов. Это и критерии классификации, и перечень основных правовых семей, и определение смешанных правовых систем, и вопрос о целесообразности выделения в особую группу так называемых религиозных правовых систем, и др.

Классификация, предложенная в данной работе, указывает на основные исторические и юридические особенности сгруппированных таким образом правовых систем. Однако думается, что возможны и другие вариации, так как, по словам Р. Давида, «нельзя претендовать на математическую точность в области общественных наук».

В современном мире нет универсальных, могущих быть рекомендованными для любой страны, моделей правового развития. Общепризнано многообразие форм и способов правовой эволюции, опирающейся на исторические традиции, уникальность и самобытность различных правовых систем, культур и цивилизаций.

Как свидетельствует мировой опыт, обретение суверенной государственности и формирование новой правовой системы нигде не происходили, легко и просто. Каждая страна, добившаяся независимости, искала свой правовой путь развития, вырабатывала свою правовую модель построения нового общества. Это предопределялось системой ценностей и целевой ориентацией, национальными традициями и историческими условиями, социально-экономической и политической средой, сложившимся укладом жизни и мировоззрением людей, включая религиозные верования, психологию и нормы поведения.

В мире существуют различные варианты правового развития. Пример тому – романо-германская, англосаксонская, мусульманская, индусская, африканская, китайско-конфуцианская и другие модели.

Развитие права в рамках национальной государственности по-прежнему остается одной из важнейших закономерностей правовой эволюции. В связи с этим становление и развитие новых правовых систем дают возможность для изучения и познания одного из вариантов национального правового развития. Проблема обновления правовых систем не только непосредственно связана со сложившейся на данный момент правовой ситуацией в стране, но должна быть осмыслена и в историческом контексте. Невозможно представить себе современное право в отрыве от многовековой истории.

Правовые системы никогда не бывают статичными, они постоянно изменяются. Юридический динамизм – всеобщая закономерность права. Правовая динамика является непреложным фактом.

**Тема 2.1. Романо-германская правовая семья**

**1. Основные этапы формирования романо-германской правовой семьи**

К романо-германской правовой семье относятся правовые системы, возникшие в континентальной Европе на основе римских, канонических и местных правовых традиций.

*Понятие романо-германской правовой семьи.* Романо-германская правовая семья – это правовые системы, созданные с использованием римского правового наследия и объединенные общностью структуры, источников права и сходством понятийно-юридического аппарата.

Романо-германская правовая семья имеет весьма длинную юридическую историю. Она сложилась на основе изучения римского права в итальянских, французских и германских университетах, создавших в XII-XVI вв. на базе Свода законов Юстиниана общую для многих европейских стран юридическую науку. Произошел процесс, получивший название «рецепция римского права». Вначале эта рецепция носила доктринальные формы: римское право непосредственно не применялось, изучались его понятийный фонд, весьма развитая структура, внутренняя логика, юридическая техника. Действительно, римское право – непреходящая ценность правовой культуры человечества.

Термин «романо-германская» выбран для того, чтобы отдать должное совместным усилиям, прилагавшимся одновременно университетами латинских и германских стран. Название «континентальное право», а тем более «гражданское право» (Civil Law), используемое в англоязычной литературе, вызывает большую критику.

Р. Давид подчеркивает, что романо-германская правовая семья в своем историческом развитии не была продуктом деятельности государственной власти (в этом ее отличие от формирования английского общего права), а была исключительно продуктом культуры, независимым от политики. Если это в какой-то мере верно по отношению к первой, доктринальной стадии рецепции, то о следующей стадии этого сказать нельзя.

Формирование романо-германской правовой семьи было подчинено общей закономерной связи права с экономикой и политикой и не может быть понято вне учета сложного процесса развития товарно-денежных отношений в недрах средневекового общества, прежде всего отношении собственности, обмена, первоначального накопления, перехода от внеэкономического к экономическому принуждению и т.п.

Когда в средневековой Европе господствовало натуральное хозяйство, а производство для рынка, торговля не имели широкого распространения, не было нужды и в римском праве. Но как только промышленность и торговля – сперва в Италии, а позже и в других странах – развили дальше частную собственность, тотчас же было восстановлено и вновь получило силу авторитета тщательно разработанное римское частное право.

Римское право – классическое выражение жизненных условий и конфликтов общества, в котором господствует частная собственность. Именно это обусловило возможность приспособления римского права к развивающимся в недрах средневековой Европы товарно-денежным отношениям. Римское право есть законченное право простого товарного производства, следовательно, докапиталистического; это право, однако, заключает в себе большую часть правовых отношений Нового времени, т.е. именно то, в чем нуждались горожане в период возникновения городов и чего они не находили в местном обычном праве.

Рецепция римского права привела к тому, что еще в период средневековья правовые системы европейских стран – их правовая доктрина, юридическая техника – приобрели определенное сходство. Таким же образом сказалось влияние канонического права.

Буржуазные революции изменили социальную природу права, отменили средневековые правовые институты, превратили закон в основной источник романо-германского права. Закон рассматривался в качестве наиболее подходящего инструмента для создания единой национальной правовой системы, для обеспечения законности в противовес феодальному деспотизму и произволу. Право - альтернатива грубой силе, а правоприменение – война всех против всех. Правовая культура во все времена и у всех народов помогала мирно решать возникающие конфликты.

Те же обстоятельства, которые определили важную роль закона как основного источника романо-германского права, обусловили возможность и необходимость кодификации права. Путем кодификации право приводится в систему, оказывается как бы пронизанным определенными принципами. Кодификация придает праву определенность и ясность, значительно облегчает его практическое использование и является логическим завершением сложившегося в континентальной Европе понимания правовой нормы и права в целом. Кодификация завершает формирование романо-германской правовой семьи как целостного явления. Особенно значительной была при этом роль французской кодификации. Гражданский кодекс (Code Civil), известный как Кодекс Наполеона 1804 г., оказал значительное влияние на процесс утверждения принципов романо-германского права во многих государствах Европейского континента и за его пределами. Рецепция римского права в Германии нашла широкое отражение в таком крупном законодательном памятнике, как Германское гражданское уложение (Biirgerliches Gesetzbuch) 1900 г. Его фундамент составило то немецкое право, которое уже ассимилировало достижения римского права. Влияние римского права сказалось на, структуре Германского гражданского уложения.

Таким образом, романо-германская правовая семья первоначально сложилась в континентальной Западной Европе. Особенно большой вклад в создание этой системы, о чем свидетельствует ее название, внесли юридическая мысль и законодательство Франции и Германии.

Наиболее законченное оформление романо-германская правовая семья получила в Кодексе Наполеона и Германском гражданском уложении. Но основы романо-германского права формировались профессорами права Болонского и других итальянских университетов, кодификаторами Испании и Португалии, трудами голландских ученых Б. Спинозы, Г. Гроция, итальянца Ч. Беккариа и многими другими.

С деятельностью университетов связана важная роль, как ученых-юристов, так и теории, доктрины в развитии права европейских государств. Профессора университетов передавали судьям отчасти осовремененное римское право, они не считались с наиболее компетентными его толкователями. Ими были восприняты конечные результаты развития римского права – его идейно-теоретические, юридико-технические достижения, разработка структуры и целого, а также ряда институтов гражданского права.

Впоследствии европейские государства перенесли свою правовую систему в колониальные владения в Америке, Азии и Африке. Некоторые государства добровольно восприняли понятия, конструкции и даже целые отраслевые массивы из романо-германского права.

*Распространение романо-германской правовой семьи. В* настоящее время романо-германская правовая семья охватывает право стран континентальной Западной Европы, подавляющего большинства государств Центральной и Южной Америки (бывших колоний Испании, Португалии и Франции), право Японии, Южной Кореи, Индонезии, Таиланда и некоторых других азиатских стран. Правовые системы многих африканских государств, а также стран Ближнего и Среднего Востока тяготеют к романо-германскому праву. В Афро-Азиатском регионе романо-германское право вступает в сложное взаимодействие с мусульманским и обычным правом.

Особое положение занимают правовые системы Скандинавских стран. Большинство исследователей, исходя из существующей в этих государствах системы источников права, относят право Скандинавских стран к романо-германской правовой семье. Некоторые юристы считают скандинавское право специфической общностью, обособленной и от романо-германского, и от общего права.

Итак, романо-германская правовая семья является более старой, более распространенной и более влиятельной в современном мире, чем правовая семья общего права, что признают английские и американские авторы.

**2. Романо-германская правовая семья: общая характеристика**

*Публичное и частное право.* Во всех странах романо-германской правовой семьи юридическая наука объединяет правовые нормы в одни и те же группы. Речь идет о дуализме права, т.е. его делении на частное и публичное, а также о разграничении правовой материи на отрасли права. Структуры права всех этих стран также могут быть в общем и целом охвачены единой схемой.

Во всех странах романо-германской правовой семьи признается деление права на публичное и частное. Это деление носит самый обший характер, является в основном доктринальным, но, тем не менее, остается важной характеристикой структуры романо-германского права. В самом общем виде можно сказать, что к публичному праву относятся те отрасли и институты, которые определяют статус и порядок деятельности органов государства и отношения индивида с государством, а к частному – отрасли и институты, регулирующие отношения индивидов между собой.

Следует подчеркнуть, что особенности романо-германской правовой семьи в полной мере обнаруживаются в сфере частного права. В области публичного права ее специфика проявляется значительно слабее. В странах романо-германской правовой семьи основой правовой системы выступает частное (Гражданское) право. По этой причине юристы Англии и США нередко называют страны романо-германской правовой семьи странами гражданского права.

Одно из значительных отличий публичного права от частного состоит в том, что большая часть частного права кодифицирована, тогда как публичное право состоит в основном из конституционных и иных законов, не носящих характера кодификации.

*Система французского права.* Во Франции отраслями *публичного права* являются:

1. конституционное право, регулирующее вопросы, касающиеся формы и структуры государства, организации государства, его верховных и местных органов власти и участия граждан в управлении государством;
2. административное право, включающее в себя нормы, регулирующие организацию государственных органов, не решающих чисто политические и судебные вопросы, и условия, в которых государственные органы осуществляют свои права и налагают обязанности на нижестоящие органы;
3. финансовое право, регулирующее государственные расходы и доходы (налогообложение, займы, денежное законодательство);

4) международное публичное право. *Частное право* включает в себя:

1. собственно гражданское право;
2. торговое право, охватывающее и морское право;
3. гражданское процессуальное право;

4) уголовное право. (Хотя по своей природе уголовное право принадлежит к публичному праву, его по традиции относят к частному праву, так как многие его положения выработаны для защиты отношений, регулируемых этим последним.)

Имеются особые отрасли права, где нормы публичного и частного права, по существу, тесно переплетаются. Наиболее важными из них являются:

1. трудовое право;
2. сельскохозяйственное право;
3. законы о промышленной собственности и авторское право;
4. воздушное право;
5. лесное право;
6. горное право;
7. страховое право;
8. транспортное право;
9. международное частное право.

Международное частное право определяет положение иностранцев, рассматривает коллизии прав и юрисдикции в гражданских делах. Хотя оно традиционно считается составной частью частного права, некоторые затрагиваемые им вопросы, например определение национальности, по сути своей являются частью публичного права.

Гражданское процессуальное право и уголовное право иногда выделяются как санкционирующее право, так как они обеспечивают проведение в жизнь норм частного права. Эта традиционная точка зрения оспаривается некоторыми учеными, которые относят определенные отрасли – торговое, морское, сельскохозяйственное, воздушное, трудовое право, законы о социальном обеспечении и так называемое санкционирующее право (уголовное и гражданское процессуальное право) – к отдельной группе «смешанных прав». Существует и другая точка зрения, согласно которой гражданское процессуальное право больше связано с публичным, нежели с частным правом.

*Система германского права. В* Германии разделение между частным и публичным правом выражено несколько слабее, чем во Франции, что находит свое отражение, в частности, в иной, чем во Франции, организации и компетенции органов общей, административной и конституционной юстиции. Но в общих чертах схема схожа.

В немецкой юридической науке отраслями публичного права принято считать:

1. конституционное право;
2. административное право;
3. налоговое право;
4. уголовное право;
5. уголовно-процессуальное право;
6. гражданское процессуальное право;
7. церковное право;
8. международное публичное право.

Право, регулирующее отношения между государственными органами, называется также государственным правом.

Частное право разделяется на собственно гражданское право, содержащееся в Гражданском кодексе и во вспомогательных законах, и особую часть частного права. В эту часть входят торговое право, законодательство о компаниях, законы об оборотных документах, авторское право, законы о конкуренции (включая патенты), торговые знаки и модели, международное частное право. Трудовое право иногда считается составной частью частного права, но чаще всего его относят к области sui generis, которая не соответствует ни частному, ни публичному праву.

В большинстве европейских стран классификация отраслей права напоминает германскую (Швейцария, Испания, Австрия). Италия, Бельгия придерживаются французской схемы, как и Нидерланды, где, впрочем, делается оговорка: гражданское процессуальное право и законы о несостоятельных должниках составляют формальную часть частного права в отличие от субстантивной части частного права, куда входят собственно гражданское и торговое право.

*Публицизация романо-германского права.* Усилившаяся административно-правовая активность государственных органов затронула такие отношения, которые ранее находились в исключительном ведении частного права. Так, в области аграрных отношений административно-правовое регулирование оказывает значительное воздействие на использование собственности (или долгосрочной аренды) путем введения земельного зонирования, принудительных сервитутов, ограничения инвестирования средств, установления квот на продукцию и т.д. Произошло вторжение государства в область договоров – ранее сферу частного права. Появился институт обязательственного договора, заключенного по предписанию государственных органов. Условия обычного договора также могут в ряде случаев устанавливаться и предписываться административным актом, как в случае установления цен и квот.

Одновременно с проникновением публичного права в сферу частного права расширение круга государственных обязанностей, особенно в области социальных и коммунальных услуг, породило обратную тенденцию – применение институтов и средств частного права при выполнении публично-правовых действий. Об этом свидетельствует деятельность публичных корпораций и иных промышленно-торговых образований государственного происхождения.

К общим для права всех стран романо-германской семьи источникам права и структуре права следует добавить и некоторые другие признаки, и прежде всего общий понятийный фонд, т.е. сходство основных понятий и категорий, которыми оперирует каждая правовая система, более или менее единые правовые принципы, в том числе те, что определяют способы судебной деятельности.

*Для романо-германской правовой семьи характерны:*

- более высокий уровень абстрактности норм права по сравнению с нормами англо-американского права;

- схожесть юридической терминологии, методов работы юристов, системы их профессиональной подготовки;

- преобладание материального права над процессуальным;

- наличие крупных актов кодификации, т.е. кодексов в основных отраслях права.

Необходимо обратить внимание на то, что характеристики, общие для всех романо-германских правовых систем, не исключают, а, наоборот, предполагают специфические черты каждой из них.

Пожалуй, наиболее существенные различия национальных правовых систем стран романо-германской семьи прослеживаются в области административного права. Это объясняется более тесной связью данной отрасли права со структурой органов государственного управления в рамках управленческой компетенции, что значительно варьируется в разных странах. Административное право больше зависит от политического и социального динамизма общества, чем многие другие отрасли континентального права. Наконец, не следует забывать и об очень широком круге отношений, охватываемых этой отраслью права. Возникнув исторически как «полицейское право», призванное обеспечить общественный правопорядок, оно получило затем в свое ведение почти все сферы государственного управления. Особенно возросла роль административного права в современных условиях.

*Закон.* В романо-германской правовой семье различным источникам права придается одинаковое значение. В системе источников права этой семьи главное место занимает закон.

Во всех странах романо-германской правовой семьи есть писаные *конституции,* за нормами которых признается высший юридический авторитет. Этот авторитет проявляется и в установлении большинством государств судебного контроля за конституционностью обычных законов. Конституции разграничивают правотворческую компетенцию различных государственных органов и в соответствии с этой компетенцией проводят дифференциацию различных источников права.

Европейская юридическая доктрина и законодательная практика различают три разновидности обычного закона: кодексы, специальные законы (текущее законодательство) и сводные тексты норм.

*Обычай.* Своеобразно положение обычая в системе источников романо-германского права. Он может действовать не только secundum lege (в дополнение к закону), но и praetor lege (кроме закона). Возможны ситуации, когда обычай занимает положение contra lege (против закона) (например, в Италии в навигационном праве, где морской обычай превалирует над нормой Гражданского кодекса). В целом, однако, сегодня за редким исключением обычай потерял характер самостоятельного источника права.

*Судебная практика.* По вопросу о судебной практике как источнике романо-германского права позиция доктрины весьма противоречива. Несмотря на это, можно сделать вывод о возможности отнесения судебной практики к числу вспомогательных источников. В первую очередь это касается «кассационного прецедента». Кассационный суд – это высшая инстанция. Поэтому, в сущности, и «простое» судебное решение, основанное, например, на аналогии или на общих принципах, благополучно пройдя кассационный этап, может восприниматься другими судами при решении подобных дел как фактический прецедент.

*Доктрина. В* системе романо-германского права особое место занимает доктрина, разработавшая основные принципы построения этой правовой семьи. Доктрина играет весьма важную роль в подготовке законов. Она используется и в правоприменительной деятельности (в толковании законов).

Таким образом, право стран романо-германской семьи характеризует единая схема иерархической системы источников права, хотя и рамках этой схемы возможно существенное смещение акцента. ,

*Кодификация права.* Исходя из того что одной из самых характерных общих черт романо-германской правовой семьи является кодификационный характер права, а сами кодексы занимают особое место среди источников права, проиллюстрируем эти специфические особенности на примере кодексов, а точнее говоря, на примере гражданских кодексов.

*Гражданские кодексы.* При ближайшем рассмотрении выясняется, что гражданские кодексы в странах романо-германской правовой семьи существенно различаются. Одно из наиболее значительных различий определяется наличием или отсутствием Общей части. Таковая имеется в Германском гражданском уложении 1896 г. (ГГУ); она содержит положения, применяемые ко всем институтам гражданского права. В классическом Французском гражданском кодексе Общей части практически нет, а имеется лишь краткий Вводный титул об опубликовании, действии и применении законов вообще, который выдержан в значительно более широком аспекте, чем гражданско-правовой аспект. Его нормы носят скорее конституционный характер. В ГГУ, напротив, таких норм нет.

1. *Французский гражданский кодекс 1804 г.* состоит из трех книг:

1. О лицах.

II. Об имуществах и различных видоизменениях собственности.

III. О различных способах, которыми приобретается собственность.

Книга первая включает семейное право. Французской модели следуют Гражданские кодексы Бельгии, Люксембурга, с некоторыми исключениями – Испанский гражданский кодекс.

2. *Германское гражданское уложение 1896 г.* содержит пять книг:

I. Общая часть.

II. Обязательственное право.

III. Вещное право.

IV. Семейное право.

V. Наследственное право.

Для структурного построения ГГУ характерна классическая пан-дектная1 система. Ее главным достоинством является выделение Общей части, нормы которой распространяют свое действие на все остальные разделы. Эта система отличается от традиционной для римского права институциональной системы, берущей свое начало от системы изложения «Институций» римского юриста Гая, согласно которой в основном построен Гражданский кодекс Франции. Пандектная система стала характерной именно для германского частного права.

Норма права в ГГУ, как правило, более абстрактна, чем во Французском кодексе, а для Уложения *в* целом характерны логическая последовательность, переход от общих к более частным положениям. Однако в отличие от Кодекса Наполеона язык ГГУ чрезмерно профессионален и труден для усвоения. По модели ГГУ построены Греческий, Португальский и Японский гражданские кодексы.

ГГУ является образцом кодификации частного права и законодательной техники, а также краеугольным камнем германской правовой системы.

*Швейцарская кодификация гражданского права* приняла форму не одного, а двух кодексов – Швейцарского гражданского кодекса (1907 г.) и Швейцарского обязательственного закона (1911–1936 гг.). Гражданский кодекс состоит из четырех книг:

I. Субъекты права – лица физические и юридические.

II. Семейное право.

III. Наследственное право.

IV. Право собственности.

Им предшествует Вводный титул. Обязательственный закон рассматривается как пятая книга Кодекса, но имеет автономную структуру. Он состоит из пяти частей:

I. Общие положения об обязательствах.

II. Отдельные виды обязательств.

III. Торговые товарищества.

IV. Торговая регистрация, право на фирму, торговое счетоводство.

V. Ценные бумаги.

Кодекс не имеет Общей части, и положения общего характера сконцентрированы главным образом в книге I Обязательственного права. По стилю оба акта не столь абстрактны и систематичны, как ГГУ, и написаны более простым языком.

4. *Австрийский гражданский кодекс 1811 г.* – один из первых кодексов в романо-германской правовой семье. Он отличается несколько громоздкой организацией – разделен на Вводный титул и три части. Во Вводном титуле даны определение предмета гражданского права, правила толкования, соотношение с обычным правом, статутное право и другие правовые нормы. В первой части изложены «права ниц», включая семейное право. Вторая часть посвящена вещному праву. В третьей части собраны положения, общие для прав лиц и вещного права. Она носит смешанный характер.

Австрийское гражданское уложение, созданное в 1811 г., т.е. почти одновременно с Французским гражданским кодексом, но в стране, где до утверждения капиталистических отношений было еще весьма далеко, а у власти стояли феодально-монархические круги, представляет собой весьма своеобразное явление, где отдельные прогрессивные для того времени положения (например, признание естественного права) переплетаются с нормами старого обычного права. Понадобилось много последующих дополнений, изменений, реформ, для того чтобы приспособить этот Кодекс к потребностям современного общества. Однако он действует до сих пор.

*Итальянский гражданский кодекс 1942 г.* Один из последних по времени гражданских кодексов в романо-германской правовой семье – Итальянский. Он ближе к Французскому кодексу, чем к Германскому. Кроме того, он испытал существенное влияние Швейцарского обязательственного закона. Итальянский гражданский кодекс разделен на шесть книг:

I. О лицах и семье.

II. Наследование.

III. Вещное право.

IV. Обязательственное право.

Пятая книга, озаглавленная «Труд», – существенная новелла, ибо в других кодексах трудовые отношения если и рассматривались, то и общем ракурсе отношений найма. Итальянский же кодекс регламентирует профессиональную деятельность и различные формы трудовых договоров, но одновременно и не очень логично включает в эту книгу то, что принято называть правом товарищества и относить скорее *к* торговому праву, чем к труду.

Шестая книга Кодекса посвящена охране прав, включая положения, касающиеся регистрации земли и других имущественных сделок залога, давности.

*Торговые кодексы.* По-разному решается национальными правовыми системами и вопрос о соотношении гражданского и торгового права и соответственно Гражданского и Торгового кодексов.

В большинстве стран романо-германской правовой семьи имеется отдельный Торговый кодекс: во Франции (1807 г.), в Бельгии (1807 г.), Люксембурге (1807 г.), Испании (1829 г.; перераб. – 1885 г.), Португалии (1833 г.; перераб. – 1888 г.), Нидерландах (1838 г.), Австрии (1862 г.), Лихтенштейне (1865 г.), Германии (1897 г.), в Турции (1956 г.).

Вместе с тем известны и исключения. Так, Швейцария отвергла идею отдельного торгового кодекса и соответствующие положения сосредоточила в обязательственном законе. Италия включила ранее действовавший Торговый кодекс (1882 г.) в новый Гражданский кодекс 1942 г. В Нидерландах в процессе недавней кодификации также пришли к выводу о нецелесообразности отдельного торгового кодекса.

*Отличительные черты торговых кодексов.* Не пытаясь детально рассматривать содержание торговых кодексов всех стран романо-германской правовой семьи, приведем некоторые примеры, поясняющие существование структурных различий. Например, страхование не регулируется Торговыми кодексами Франции, Австрии и Германии, но получило отражение в Кодексах Бельгии, Нидерландов, Испании, Португалии и Турции. Германский торговый кодекс содержит детальное положение о торговой купле-продаже, которое отсутствует в Бельгийском и Нидерландском кодексах. Банкротство отражено в Кодексах Франции, Бельгии, Испании, а в Нидерландах, Германии, Австрии и Турции признание торговца несостоятельным регулируется особым законом. Кроме того, во французском праве понятие несостоятельности применимо только к торговцам, а в германском праве – ко всем субъектам торгового права. В некоторых странах (во Франции, в Бельгии, в отдельных кантонах Швейцарии) действуют особые суды по торговым делам; в других же странах такого разделения вообще не существует или в обычных судах имеются торговые отделы. В отличие от Кодексов Нидерландов, Германии и Турции Французский и Бельгийский кодексы регулируют процедуру торговых операций.

Промышленная собственность – патенты, промышленные образцы, товарные знаки в Германии и Швейцарии, наряду с авторским правом, включены в гражданское право. Во Франции же авторское право считается частью гражданского (хотя оно и не регулируется Гражданским кодексом), а патент и товарные знаки относят к промышленной собственности, лежащей в сфере торгового права. Нечестная конкуренция и антитрестовские законы рассматриваются в германском и французском праве как тесно связанные на практике с торговым правом.

Таким образом, в большинстве стран романо-германской правовой семьи торговое право доминирует как особая отрасль права. Причем даже в тех странах, где принята однородная система кодификации (например, в Италии, Швейцарии), в юридической литературе и в учебных курсах торговое право все же рассматривается как отдельная отрасль права.

*Трудовое право.* Соотношение общего и особенного в национальных правовых системах стран романо-германской семьи можно увидеть и на примере соотношения гражданского законодательства и трудового права.

Общим для всех стран является то, что на первых этапах развития западного общества трудовые отношения весьма кратко регламентировались несколькими статьями гражданских кодексов (договор личного найма), и это открывало неограниченный простор для «хозяйской власти». Предприниматель практически произвольно определял длительность и условия труда наемного рабочего. При этом, однако, в большинстве стран романо-германской правовой семьи трудовое право не кодифицировано, оно состоит из массы законов, декретов и установлений, касающихся различных вопросов.

Во Франции была предпринята попытка свести трудовое законодательство в Трудовой кодекс, но удалось это лишь частично, и потому то, что здесь называют Трудовым кодексом, представляет собой компилятивное собрание разнообразных законодательных актов. Вместе с тем во Франции трудовой договор исключен из числа гражданско-правовых, а соответствующие нормы ГК потеряли силу. Иное положение в Германии и Нидерландах, где нормы Гражданских кодексов о найме труда до сих пор имеют практическое значение. В еще большей степени это характерно, как мы видели, для Италии.

*Хозяйственное право.* По-разному решается и вопрос о существовании, наряду с гражданским правом, хозяйственного права.

Во Франции идея хозяйственного права родилась в результате вторжения государства в экономическую деятельность после Второй мировой войны. Появление значительного государственного сектора в народном хозяйстве, особенности организации и деятельности национализированных предприятий, принятие долгосрочных экономических планов – все это вызвало потребность в новой отрасли права, способной перегруппировать и синтезировать, свести воедино экономические аспекты частного и публичного права. Однако до настоящего времени в этом отношении сделано было немного.

В Германии идея хозяйственного права возникла после Первой мировой войны. В своем современном варианте оно охватывает ряд аспектов управленческой деятельности государства в вопросах производства, торговли и кредитно-денежных дел и в этом плане ближе к праву административному. Но и здесь общие принципы административного права в кодификацию не попадают. Она охватывает федеральный закон об административно-судебной процедуре I960 г., в основном правила рассмотрения дел в административных судах.

*Административное право.* Административное право почти повсеместно не кодифицировано. Даже в стране классической кодификации – Франции – административное право никогда не было должным образом кодифицировано. Здесь нет ничего, что напоминало бы наполеоновские кодексы, а имеющиеся кодексы представляют собой сведение воедино законодательных и регламентарных текстов, охватывающих, несмотря на то что их число возрастает, лишь ограниченную часть отношений, регулируемых административным правом, многие разделы которого созданы судебной практикой.

Примерно таково же состояние источников административного права и в других странах романо-германской семьи. Естественно, что многочисленность законов и других актов порождает большее число различий и расхождений между отдельными странами, чем строгая кодификация. Точно также можно сказать, что чем значительнее роль судебной практики как источника права, тем больше правовые различия, ибо судебная практика больше подвержена влиянию изменяющихся условий, чем стабильные кодификации.

При отсутствии кодификации общих принципов административного права судебные решения играют гораздо более важную роль, чем в области частного права. Роль судов более созидательная, поскольку они вырабатывают общие принципы и нередко создают концепции правовых институтов, параллельные институтам частного права и в то же время отличные от них. Во Франции административное право медленно возникало из ничего и его основные черты выработаны системой судов административной юстиции, возглавляемой Государственным советом. По мнению французских авторов, судебное творчество Государственного совета практически охватывает сегодня всю сферу административного права.

*Административная юстиция.* Значительна роль судебной практики как источника административного права и в других странах романо-германской правовой семьи: в Австрии, Бельгии, Италии и Швейцарии. Во всех этих государствах, а также в Германии существуют особые судебные системы административной юстиции, которой и подведомственны все споры административно-правового характера.

*Германская административная юстиция. В* Германии разделение компетенции основано на различии частно- и публично-правовых дел. Кроме особо оговоренных случаев, споры в сфере частного права разрешаются обычными судами, а публично-правовые споры – административными судами и, если они носят конституционный характер, – конституционными судами. Согласно § 13 закона о судоустройстве 1950 г., обычным судам предоставлены полномочия разбирать все гражданско-правовые споры, за исключением дел, переданных законом в ведение административных судов.

В настоящее время в Германии общие административные суды организованы на трех уровнях: административные суды первой инстанции, высшие административные суды земель и федеративный административный суд как высшая инстанция. Суды независимы от административных органов. Их юрисдикция основана на общем положении о том, что они правомочны разбирать все публично-правовые споры неконституционного характера, за исключением тех, которыми по федеральному закону должен заниматься другой суд. Если административный суд считает себя неполномочным рассматривать дело, то обычные суды обязаны принять его к производству. То же правило действует и тогда, когда дело переходит от общего суда к административному.

*Французская административная юстиция.* Широкой известностью и высокой репутацией пользуется административная юстиция Франции, созданная еще Наполеоном. Основное содержание ее деятельности – решение споров, возникающих между гражданами и государственными органами в связи с изданием этими последними управленческих актов.

Высшая инстанция в системе французской административной юстиции – Государственный совет. В его функции входит, с одной стороны, рассмотрение апелляций на решение территориальных административных судов, а с другой – рассмотрение конкретных дел в качестве первой и последней инстанции.

Параллельное существование различных судебных систем создает проблемы разграничения их юрисдикции. Для разрешения возникающих в связи с этим споров действует особый суд – Суд по конфликтам, имеющий в своем составе равное число судей из Кассационного суда и Государственного совета. В случае равного разделения голосов спор решает министр юстиции, но на практике это бывает редко.

Конечно, романская (французская*.)* и германская правовые семьи имеют между собой гораздо больше общего, чем каждая из них с общим правом.

Рассмотрим в сравнительном плане систему источников права двух стран – Франции и Германии. Напомним, что французское право, с одной стороны, и германское – с другой, послужили той моделью, на основании которой внутри романо-германской правовой семьи выделяют две правовые группы: романскую, куда входят также Бельгия, Люксембург, Голландия, Италия, Португалия, Испания, и германскую, включающую также Австрию, Швейцарию и некоторые другие страны.

Внутри романо-германской правовой семьи группа римского (романского) права, которая наиболее сильно отражена во французском праве, отличается от группы германского права.

*Французское право.* Франция прошла длительную правовую историю, и в основе ее современной системы источников права до сих лор лежат кодексы наполеоновской эпохи, о которых подробно говорилось выше. Общепризнано, что, несмотря на многочисленные поправки, кодексы эти устарели, а в современный этап своего правового развития (его начало можно датировать серединой XX в.) страна вступила с огромной массой правовых актов, лежавших за пределами традиционной кодификации.

Основным направлением упорядочения этого массива правовых актов Франции стала разработка кодексов по типу отраслевых сборников, включающих как законодательные, так и подзаконные акты. Некоторые из них охватывают комплекс мер, относящихся к двум или нескольким отраслям права, но регулирующих отношения в конкретной области промышленности, хозяйства или культуры.

Начиная с 50-х годов принято несколько десятков таких кодексов, которые по своей правовой природе являются актами консолидации действующего права. Французские юристы отмечают два момента, отличающих эти кодексы от наполеоновских кодификаций. Во-первых, эти кодексы не преследуют цели «переосмыслить» совокупность норм той или иной отрасли права, а направлены на логическую перегруппировку уже принятых законодательных актов и регламентов. Уже эта новая кодификационная форма ослабила принцип верховенства законов-кодексов в его традиционном понимании. Во-вторых, по престижу закона нанесла удар Конституция 1958 г., перевернувшая «классическое» распределение компетенции между законодательной и исполнительной властью. Конституция перечислила круг вопросов, входящих в компетенцию парламента, и тем самым ограничила сферу его законодательной деятельности. И наоборот, компетенция правительственной власти существенно расширилась, соответственно возросли удельный вес и значение ее актов в системе источников права.

В Основном законе государства не определена система регламентарных актов, однако на практике существуют следующие виды актов исполнительной власти, соответствующие внутренней иерархии публичной власти: ордонансы, декреты, решения, постановления, циркуляры, инструкции, уведомления. Важна роль ордонансов, на их примере особенно отчетливо прослеживается тенденция размывания различий между правовой силой закона и регламентарных актов.

Во французской правовой системе в качестве самостоятельного источника права признаются и общие принципы права. Роль общих принципов особенно важна тогда, когда в законодательной структуре имеются существенные пробелы. Это наиболее наглядно прослеживается в области административного права. Административные суды и Государственный совет в силу некодифицированности административного законодательства наиболее часто ссылаются на общие принципы права.

Во французской юридической литературе источники права делятся на две основные группы: первичные (основные) и вторичные (дополнительные). В первую группу входят государственные нормативные акты. К вторичным (дополнительным) источникам права относят в первую очередь судебную практику.

Судебная практика сыграла важную роль в развитии французского права, а современная законодательная практика еще шире открывает ей дорогу для правотворчества в виде индивидуальных и общих норм. Из простого толкователя закона и унификатора собственных решений – а именно такую роль отводит судебной практике теория разделения властей – судебная практика превратилась сегодня в источник французского права (хотя и дополнительный, по мнению французских авторов), «источник в рамках закона». Судья, хотя он и не обязан жестко следовать существующей практике и сохраняет в определенной степени свободу решения, все же находится под сильным влиянием авторитета предыдущих судебных решений.

*Германское право. В* Германии, как и во Франции, костяком, основой действующего права являются кодексы. Как и во Франции, они стары, неоднократно изменялись, в частности после Второй мировой войны, когда из них были исключены новеллы, внесенные во времена нацизма. Однако значительная часть изменений в праве Германии по сравнению с довоенным временем, в том числе с периодом Веймарской республики, внесена не через кодексы, а с помощью специальных законов, регламентирующих различные сферы жизни общества.

В отличие от Франции Основной закон ФРГ 1949 г. не признает за исполнительной властью право на автономную регламентарную власть и запрещает практику декретов-законов. Правительственные и иные подзаконные акты в Германии Могут быть изданы только в рамках исполнения законов, хотя на практике встречались исключения из этого правила. Германия не знает консолидированных кодексов «нового типа», подобных тем, которые так распространены во Франции.

Роль обычая в частном праве Германии примерно такова же, как и во Франции. Он имеет значение только в узкой среде, не охваченной кодификацией.

Что касается публичного права, то здесь его роль меньше, чем во Франции, что связано, во-первых, с более широкой конституционно-правовой регламентацией в сфере действия государственного права, а во-вторых, с тем, что государственные структуры Германии имеют не столь значительную историю, как во Франции, где соответственно более значима роль исторически сложившихся обыкновений в сфере конституционного права.

Как и во Франции, судебная практика приобретает в Германии характер источника права, когда какая-то правовая проблема однозначно подтверждена при решении ряда аналогичных дел и данное решение подтверждено авторитетом высшей судебной инстанции. Однако о более или менее полном совпадении ситуации в обеих странах можно говорить лишь применительно к общей судебной системе.

Что касается административного права, то, поскольку оно в Германии в законодательном порядке разработано значительно глубже, чем во Франции, соответственно и роль судебной практики в этой области далеко не столь значительна.

Особенно большие различия обнаруживаются в связи с той весомой ролью, которую играет в государственных структурах Германии Конституционный суд. Его решения – это источник права, стоящий наравне с законом. Его толкования законов обязательны для всех органов, в том числе и для суда. Если у обычного суда при рассмотрении дела возникает сомнение в конституционности подлежащей применению нормы, он приостанавливает дело, обращается с запросом в Конституционный суд, а затем решает дело в соответствии с заключением последнего.

Во Франции нет ничего подобного. Конституционный совет, существующий в этой стране, имеет более ограниченную компетенцию. Ему предоставлено право предварительного контроля за конституционностью еще не вступивших в силу законопроектов, и, следовательно, он не может оказать влияния на применение уже действующих законов и иных нормативных актов, как это происходит в Германии, а тем самым и на судебную практику.

Система источников права в Германии – и здесь еще одно отличие от французской системы – отражает федеральный характер государственного устройства страны. Каждая из земель в составе Германии имеет свое законодательство. Это усложняющий систему источников права фактор.

Федеральное право имеет приоритет над правом земель (ст. 31 Основного закона Германии 1949 г.). Однако, с одной стороны, земли участвуют через бундесрат в федеральном нормотворчестве, а с другой – законодательная компетенция федерации ограничена определенными рамками. Так, по Основному закону, вопросы, не отнесенные к исключительной или совместно действующей законодательной компетенции федерации, остаются в компетенции земель (ст. 70-74 Конституции Германии). В целом, однако, действует правило, согласно которому в случае расхождения федерального закона и закона земли превалирует первый.

Согласно ст. 25 Конституции Германии 1949 г., «общие нормы международного права являются составной частью права федерации. Они имеют преимущество перед законом и непосредственно порождают права и обязанности для жителей федеральной территории». Влияние международного права отражено в праве Германии значительно более четко, чем во Франции, где оно также признается, но выражено Конституцией в значительно более умеренной форме, ибо Конституция говорит (ст. 55) не о нормах международного права, а о «договорах или соглашениях, должным образом ратифицированных или одобренных».

Таким образом, нетрудно увидеть, что принадлежность права разных стран к одной и той же крупной правовой системе (или семье) отнюдь не исключает весьма существенных различий между национальными правовыми системами.

В заключение следует отметить, что в рамках романо-германской правовой семьи был разработан ряд юридических конструкций и концепций, получивших широкое распространение и признание во всем мире. К их числу относятся:

1) признание и законодательное закрепление принципов правового государства;

2) реализация на законодательном и правоприменительном уровне принципа разделения властей;

3) обеспечение конституционного правосудия, т.е. создание системы конституционного контроля;

4) учреждение и регулирование административной юстиции;

5) создание гарантий развития политического и юридического плюрализма;

6) обеспечение развития местного и судейского самоуправления. Эти принципы стали непреходящими ценностями мировой правовой мысли и юридической практики.

**Тема 2.2. Англосаксонская правовая семья**

**1. Англосаксонская правовая семья: общая характеристика**

В отличие от стран романо-германской правовой семьи, где основным источником права является введенный в действие закон, в странах англосаксонской правовой семьи основным источником права служит норма, сформулированная судьями и выраженная в судебных прецедентах.

Правовая семья общего права, как и римское право, развивалась по принципу «ibi jus ibi remedium» (право там, где есть защита), поэтому, несмотря на все попытки кодификации (И. Бентам и др.), английское общее право, дополненное и усовершенствованное положениями «права справедливости», в основе своей является прецедентным правом, созданным судами. Это не исключает возрастания роли статутного (законодательного) права.

Таким образом, английское право обрело как бы тройную структуру: общее право – основной источник, право справедливости, дополняющее и корректирующее этот основной источник, и статутное право – писаное право парламентского происхождения. Разумеется, это несколько упрощенное, схематизированное изображение.

Общее право (Common Law) – это система, несущая на себе глубокий отпечаток его истории, а история эта до XVIII в. была исключительно историей английского права. Она шла тремя путями: путем формирования общего права, дополнения его правом справедливости (Equity Law) и толкования статутов (Statute Law).

Своими корнями английское право уходит далеко в прошлое. После норманнского завоевания Англии (1066 г.) основная роль в осуществлении правосудия была возложена на королевские суды, находившиеся в Лондоне. Частные лица, как правило, не могли обращаться непосредственно в королевский суд. Они должны были просить у короля, а практически у канцлера, выдачи приказа (Writ), позволяющего перенести рассмотрение спора в королевский суд. Первоначально такие приказы издавались в исключительных случаях. Но постепенно список тяжб, по которым они издавались, расширялся. В ходе деятельности королевских судов постепенно складывалась сумма решений, которыми и руководствовались в последующем эти суды. Сложилось правило прецедента: однажды сформулированное судебное решение в последующем становилось обязательным и для всех других судей. Английское общее право образует классическую систему прецедентного права, или права, создаваемого судьями.

Поскольку основная трудность заключалась в том, чтобы получить возможность обратиться в королевский суд, появилась формула «судебная защита предшествует праву», которая до сих пор определяет характерные черты английского правопонимания.

К концу XIII в. возрастает роль статутного права. В связи с этим правотворческая роль судей некоторым образом сдерживается принципом, согласно которому изменения в праве не должны происходить без согласия короля и парламента. Одновременно устанавливается право судей интерпретировать статуты.

В XIV–XV вв. в связи с большими социальными изменениями в средневековом обществе Англии (развитие товарно-денежных отношений, рост городов, упадок натурального хозяйства) возникла необходимость выйти за жесткие рамки закрытой системы уже сложившихся прецедентов. Эту роль взял на себя королевский канцлер, решая в порядке определенной процедуры споры, по которым их участники обращались к королю. Так рядом с общим правом сложилось «право справедливости». Оно, как и общее право, является прецедентным правом, но прецеденты здесь созданы иным путем и охватывают иные отношения, чем общее право.

До 1873 г. в Англии на этой почве существовал дуализм судопроизводства: помимо судов, применяющих нормы общего права, существовал суд лорд-канцлера. Затем эти системы слились.

В то время как юристы континентальной Европы рассматривают право как совокупность предустановленных правил, для англичанина право – это в основном то, к чему придет судебное рассмотрение. На континенте юристы интересуются, прежде всего, тем, как регламентирована данная ситуация, в Англии внимание сосредоточивается на том, в каком порядке она должна быть рассмотрена, чтобы прийти к правильному судебному решению.

Во Франции, в Германии, Италии и других странах романо-германской правовой семьи правосудие всегда осуществлялось судьями, имеющими университетский диплом юриста. В Англии даже судьи в высших судах до XIX в. необязательно должны были иметь юридическое университетское образование: они овладевали профессией, работая длительное время адвокатами.

Лишь в наши дни приобретение университетского диплома стало важной предпосылкой для того, чтобы стать адвокатом или судьей; профессиональные экзамены, позволяющие заниматься юридическими профессиями, могут рассматриваться как эквивалент юридического диплома. Однако и поныне главное в глазах англичан – это разбор дела в суде добросовестными людьми; соблюдения основных принципов судопроизводства, составляющих часть общей этики, по их мнению, достаточно для того, чтобы «хорошо судить».

Рассмотрим некоторые черты прецедентного права Англии, занимающего центральное место в правовой семье общего права. Прежде всего существует правило, согласно которому суд, рассматривая дело, выясняет, не было ли аналогичное дело предметом рассмотрения раньше, и в случае положительного ответа руководствуется уже имеющимся решением. Другими словами, однажды вынесенное решение является обязательной нормой для всех последующих аналогичных дел. Это общее правило нуждается в детализации, поскольку степень обязательности прецедентов зависит от места в судебной иерархии суда, рассматривающего данное дело, и суда, чье решение может стать при этом прецедентом.

Судебный прецедент является основным источником английского права. В настоящее время в Англии насчитывается около 800 тыс. судебных прецедентов, и каждый год прибавляется примерно по 20 тыс. новых, что составляет 300 сборников по внутреннему и европейскому праву.

При нынешней организации судебной системы ситуация выглядит следующим образом.

Решения высшей инстанции – палаты лордов – обязательны для всех других судов.

Апелляционный суд, состоящий из двух отделений (гражданского и уголовного), обязан соблюдать прецеденты палаты лордов и свои собственные, а его решения обязательны для всех нижестоящих судов.

Высокий суд (все его отделения) связан прецедентами обеих вышестоящих инстанций, его решения обязательны для всех нижестоящих инстанций, а также, не будучи строго обязательны, влияют на рассмотрение дел в его отделениях.

Окружные и магистратские суды обязаны следовать прецедентам всех вышестоящих инстанций, а их собственные решения прецедентов не создают. Не считаются прецедентами и решения Суда короны, созданного в 1971 г. для рассмотрения особо тяжких уголовных преступлений.

Правило прецедента традиционно рассматривалось в Англии как жесткое. В отличие от США судебная инстанция не могла отказаться от ею же созданного ранее прецедента, который мог быть изменен только вышестоящей инстанцией или парламентским актом. Даже высшая судебная инстанция – палата лордов – до середины 60-х годов считалась связанной своими собственными прежними решениями, что в конечном итоге создавало тупиковую ситуацию. В 1966 г. палата лордов отказалась от этого принципа.

Представление о том, что правило прецедента сковывает судью, также во многом обманчиво. Поскольку полное совпадение обстоятельств разных дел бывает не так уж часто, усмотрением судьи решается, признать обстоятельства сходными или нет, от чего зависит и применение той или иной прецедентной нормы. Судья может найти аналогию обстоятельств и тогда, когда на первый взгляд они не совпадают. Наконец, он вообще может не найти никакого сходства обстоятельств. В этом случае, если вопрос не регламентирован нормами статутного права, судья сам создает правовую норму, становится как бы законодателем.

Сказанным отнюдь не исчерпываются возможности судебного усмотрения в рамках прецедентного права. Такому усмотрению способствует и традиционная структура судебного решения. Оно, как правило, развернуто и включает анализ доказательств, мнение судьи по поводу спорных фактов, мотивы, которыми руководствовался суд при вынесении решения, и, наконец, правовые выводы. Прецедентом является лишь та часть судебного решения, которая со времен Остина именуется «ratio decidendi» (буквально – основание решения) – правоположение, на котором основано решение. Лишь ratio decidendi носит обязательный характер; остальная часть судебного решения именуется «obiter dictum» (попутно сказанное) и не может рассматриваться как нечто обязательное. Однако вопрос о методах различия ratio decidendi и obiter dictum является дискуссионным, и решение его во многом зависит от усмотрения судьи.

*Характерные черты правовой семьи общего права* совсем иные, нежели права всех систем романо-германской семьи. Ввиду основательной разработки вопроса различий между ними отсылаем читателей к существующей литературе по данной проблеме. Мы же попытаемся кратко, в тезисах охарактеризовать особенности правовой семьи общего права.

Наиболее характерные черты правовой семьи общего права заключаются в следующем.

*Во-первых,* английское общее право в отличие от романо-германского права развивалось не в университетах, не учеными-юристами, не доктринально, а юристами-практиками. Отсюда некоторая стихийность и необозримость правового массива, отсутствие рациональных начал и строгой логики в его построении. Страны семьи общего права не восприняли римское право, в котором главенствующее положение отведено праву гражданскому. Следовательно, в этих странах нет деления права на публичное и частное. Но существуют истории чески сложившиеся общее право и право справедливости, что отражается на системе рассмотрения дел в судах.

Английскому праву не свойственна строгая отраслевая классификация, хотя базовые отрасли получили устойчивое развитие. Более весомы правовые институты. Наоборот, для англо-американского общего права характерна развитость юридического процесса, на основе которого и развиваются материальные отрасли права. Это одно из кардинальных отличий правовой семьи общего права от романо-германского права. Процедура рассмотрения споров имеет для судей наиважнейшее значение.

Существование суда присяжных в этих странах тоже способствовало стремительному развитию процессуального права, так как судья решал лишь вопросы права, а вопросы факта разрешались присяжными.

*Во-вторых,* нормы общего права рождались при рассмотрении королевскими судами конкретных дел, поэтому они менее абстрактны и рассчитаны на разрешение конкретных споров, а не на установление общих правил поведения на будущее. Таким образом, для правовой семьи общего права не характерна кодификация. Даже если в отдельных странах данной семьи имеются кодексы, они существенно отличаются от кодексов стран романо-германского права.

*В-третьих,* в странах англо-американской правовой семьи процветает судебный прецедент. Нормы права создаются судьями при вынесении решений по конкретным делам. В отличие от судей стран романо-германской правовой семьи судья страны общего права «примеряет» конкретное дело не к правилам действующей нормы права, а к существующим сходным судебным прецедентам.

Известен афоризм политического деятеля Англии Б. Дизраэли: «Прецедент увековечивает принцип». Изучение и анализ ранее принятых судебных решений позволяет использовать их в обосновании последующих решений.

*В-четвертых,* между судебным прецедентом и сложившейся судебной практикой нельзя ставить знак равенства. Прецедент в отличие от судебной практики, т.е. суммарного результата рассмотрения конкретных дел, создается отдельно вынесенным судебным решением, которое вправе принимать лишь высшие судебные инстанции. Так, в Англии решения палаты лордов обязательны для всех судов, решения Апелляционного суда – для данного и нижестоящих судов. Нормы, содержащиеся в прецедентах, могут выполнять двоякую роль: формулировать положения, которых нет в нормативных актах, толковать и разъяснять статьи действующего права. Толкуя нормы права, суд может их изменять.

*В-пятых,* судебный прецедент – интересный феномен, обеспечивающий эффективность, предсказуемость и единообразие судебной практики. Эффективность выражается в быстроте вынесения решения на основе рассмотренных ранее аналогичных дел. Предсказуемость проявляется двояко: знание существующих прецедентов позволяет или сократить количество рассматриваемых дел в суде (ибо ясен исход дела), или разработать в соответствии с предыдущими прецедентами правовой фундамент дела. Единообразие означает один и тот же подход к аналогичным делам на основе прецедента.

С такой оценкой прецедента можно и поспорить, как справедливо отмечает И.В. Решетникова, так как ни норма права, ни норма прецедента не может предусмотреть всех перипетий конкретного судебного дела. Каждое дело своеобразно и в той или иной степени будет отличаться от модели и законодательного, и прецедентного положения. Однако нельзя отрицать и значение прецедента, способного урегулировать пробел в праве или законе.

*В-шестых,* законодательство как источник права постепенно занимает более важное, чем ранее, место в правовой системе стран англо-американской правовой семьи общего права. Возрастает роль закона, заметное воздействие оказывает международное европейское право. Меняются правовые концепции и подходы английских юристов к правотворчеству и правоприменению. Несмотря на быстрое развитие законодательства, за последние полтора века сохраняется принцип, согласно которому норма закона приобретает реальный смысл после применения ее в суде. Поэтому прецедент продолжает играть й английском праве главенствующую роль. Наличие судебного прецедента реально ставит в один ряд законодательную, исполнительную и судебную власть, каждая из которых уполномочена принимать акты, служащие источниками права.

*В-седьмых,* современное правовое регулирование процесса рассмотрения дел в судах, хотя и закреплено на уровне закона, разрабатывалось судьями. Например, в Англии законы об отправлении правосудия разрабатываются специально созданными для этого комитетами, в которые наряду с другими субъектами входят и судьи. Эти правила утверждаются лорд-канцлером и вступают в силу, если их проекты не встречают возражений парламента.

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 возражений конгресса.

*В-восьмых,* современное соотношение судебной практики и законодательства меняет и роль юридической науки. Научные исследования строятся на подробном анализе существующих прецедентов, что практически делает их комментариями к судебной практике, которыми руководствуются и судьи. Многие научные работы часто цитируются в судах, несмотря на давность написания. Большое количество книг пишется судьями. Особое положение судебных прецедентов повлияло и на содержание учебной юридической литературы, обусловило издание книг, в которых обобщаются судебные дела и дается их критический анализ (case books).

*В-девятых,* для стран правовой семьи общего права не характерна кодификация. Даже если и имеются кодексы, они носят иной характер, чем кодексы стран романо-германской правовой семьи. Так, во многих штатах США существуют гражданские и гражданские процессуальные кодексы, но они представляют собой результат консолидации права, что и отличает их от европейских кодексов.

*В-десятых,* для правовой семьи общего права характерно наличие института суда присяжных. Хотя присяжные позже были восприняты и романо-германским правом, данный институт оставил неизгладимый отпечаток на праве, например, Англии и США. Так, сама суть процесса рассмотрения дел, отличающегося театральностью поведения адвокатов, представителей сторон, продиктована необходимостью убедить присяжных в правоте своей версии по делу. Развитие процессуального права в Англии и США должно было опережать развитие такового в Европе, так как присяжные, будучи непрофессионалами, наделены важными полномочиями при разрешении правового спора. По той же причине возникают специфические правовые институты, например показания с чужих слов (hearsay), и масса исключений из правила недопустимости таких показаний в суде.

*В-одиннадцатых,* в Англии сохраняет значение и старинный обычай, отличающийся многовековой стабильностью и всеобщим общественным признанием. Так, в отсутствие писаной Конституции действуют как конституционные обычаи атрибуты монархического государства, министры рассматриваются как слуги королевы (короля), пожалования, пенсии и т.п. даются от имени королевы.

Таким образом, в английском общем праве много своеобразия, определяющего его место на правовой карте современного мира.

На особом месте стоит Шотландия, чья правовая система относится к наиболее смешанным Шотландия находится в не посредственной географической близости от Англии, влияние которой постоянно ощущалось, но не всегда имело существенные результаты.

**2. Судебно-правовые системы Великобритании и США**

Английское право продолжает оставаться в основном судебным правом, разрабатываемым судьями в процессе рассмотрения конкретных случаев. Судья в отличие от законодателя не создает решений общего характера в предвидении серии случаев, которые могут произойти в будущем. Он занимается тем, что требует правосудия именно в данном случае: его дело – разрешить судебный спор. С учетом правила' прецедента такой подход делает нормы общего права более гибкими и менее абстрактными, чем нормы права романо-германских систем, но и одновременно более казуистическими и менее определенными. В Англии благодаря общему праву и правилу прецедента различение > права и закона носит несколько иной и одновременно более ярко выраженный характер, чем различение права и закона на континенте.

Структура права в англосаксонской правовой семье (деление на отрасли и институты права), сама концепция права, система источников права, юридический язык совершенно иные, чем в правовых системах романо-германской правовой семьи. В английском праве отсутствует деление права на публичное и частное.

Отрасли английского права выражены не столь четко, как в романо-германских правовых системах, и проблемам их классификации уделялось гораздо меньше внимания. Отсутствие резко выраженного деления права на отрасли обусловлено преимущественно двумя факторами. Во-первых, все суды имеют общую юрисдикцию, т.е. могут разбирать разные категории дел: публично- и частноправовые, гражданские, торговые, уголовные. Разделенная юрисдикция ведет к разграничению отраслей права, а унифицированная юрисдикция действует, очевидно, в обратном направлении. Во-вторых, поскольку в Англии нет отраслевых кодексов европейского типа, английскому юристу право представляется однородным. Английская доктрина не знает дискуссии о структурных делениях права.

За многовековую деятельность законодательного органа – парламента – общее число принятых им актов занимает около 50 увесистых томов (более 3 тыс. актов). Закон формировался под воздействием требований судебной практики, которая диктовала определенную структуру, характер изложения норм. Отсюда казуистический стиль законодательной техники. Рост числа законов обострил проблему систематизации. Она решается путем консолидации – соединения законодательных положений по одному вопросу в единый акт.

В Великобритании в отличие от романо-германских правовых систем исполнительные органы были изначально лишены полномочий принимать акты «во исполнение закона». Для того чтобы издать подобный акт, исполнительный орган должен был быть наделен соответствующим полномочием statutory powers, которое делегирует ему парламент. Поэтому нормотворчество исполнительных органов именуется делегированным.

Пожалуй, ни в одной стране проблема соотношения закона и судебной практики не приобрела такого специфического характера, как в Англии.

На первый взгляд эта проблема решается просто: действуют правила, согласно которым закон может отменить прецедент, а при коллизии закона и прецедента приоритет отдается первому. Однако действительность намного сложнее, ибо велика роль судебного толкования закона, правила, согласно которому правоприменительный орган связан не только самим текстом закона, но и тем его толкованием, которое дано ему в предшествующих судебных решениях, именуемых прецедентами толкования.

Законодательство как источник права находится в менее выгодном положении в том смысле, что акт парламента требует судейских толкований, которые сами становятся судебными прецедентами. Поэтому было бы упрощением относиться к парламентскому законодательству как к источнику права, стоящему выше прецедента.

Таким образом, английский суд наделен широкими возможностями усмотрения в отношении статутного права. Эти возможности еще более возрастают, если от законодательной части статутного права обратиться к его подзаконной части. Что касается делегированного законодательства, то суд официально имеет право отмены акта, признав его ultra vires. В отношении остальных исполнительных актов суд может отменять их и не обращаясь к доктрине ultra vires по самым разным основаниям.

В англо-американской правовой семье следует различать две группы: английского права и связанного с ним по своему происхождению права США.

В группу английского права входят наряду с Англией Северная Ирландия, Канада (кроме Квебека), Австралия, Новая Зеландия, а также право бывших колоний Британской империи (в настоящее время 36 государств являются членами Содружества). Как известно, Англия была крупнейшей колониальной державой и английской общее право получило распространение во многих странах мира. В результате сегодня почти треть населения мира живет в значительной мере по нормам английского права.

Вторую группу образует право США, которое, имея своим источником английское общее право, в настоящее время является вполне самостоятельным.

*Шотландская правовая система*, как и английская, складывалась в процессе длительной исторической эволюции. Однако различие исторических факторов, влиявших на государственное формирование Шотландии и Англии, привело к тому, что их правовые системы отличаются друг от друга.

Шотландия не могла не подвергаться английскому влиянию. Шотландские короли довольно рано восприняли те институты, которые способствовали централизации их власти. Так, в Шотландии появились аналогичные английским разьездные суды (шерифы и юстициарии), институт присяжных, а затем единые центральные королевские суды.

Французская правовая ориентация, начавшаяся после «войн за независимость» с Англией (1298–1326 гг.), выразилась в том, что юристы Шотландии обратились к романо-каноническому праву.

Из римского права были заимствованы сертификаты, деликты, нормы о движимой собственности. Каноническое право, применяемое в канонических судах, регулировало брачно-семейные отношения, наследственные, договорные. Развитие шотландского права проходило не параллельно с английским общим правом, а постепенно расходясь с ним.

До XV в. в Шотландии не было своих университетов, поэтому будущие юристы отправлялись в университеты Франции, Германии Нидерландов, где они изучали главным образом римское право, которое в те времена играло роль общего права Шотландии. До настоящего времени сохранилось его влияние в отдельных институтах гражданского права, в юридической терминологии, в делении права н публичное и частное.

В XIII–XIX вв. шотландские юристы продолжали заимствовать континентальный юридический опыт, прежде всего французский голландский.

Объединение с Англией в 1707 г. способствовало укреплению традиций общего права. Нарастание воздействия английского общего права наблюдалось постепенно. Шотландские суды полностью восприняли английскую прецедентную систему. Право Шотландии никогда не было кодифицировано, а складывалось с самого начала из судебных решений шерифов и юстициариев. Однако шотландский метод толкования норм права ближе к романо-германскому, чем к англосаксонскому.

В Шотландии, как и в романо-германской правовой семье, конкретные правовые вопросы выводятся из общего принципа, в то время как в странах англосаксонской правовой семьи, наоборот, судьи формулируют общий принцип исходя из конкретных случаев.

При сравнении английского и шотландского права в их историческом развитии можно отметить три основных фактора:

1. в отличие от Англии в Шотландии не было дуализма гражданского права в виде параллельной общему праву системы норм права справедливости;
2. в Шотландии не получили развития исковые приказы, как это было в Англии;
3. идея публичного обвинения в Шотландии вылилась в конкретную форму четко организованной службы государственного уголовного преследования.

Не следует считать, однако, что все, что не совпадает с английскими институтами и нормами, было воспринято от римского или романо-германского права. Шотландская правовая система, отличаясь от английской, не полностью копирует и романо-германскую систему. Независимо от двойного влияния, она сохранила свои национальные особенности и обычаи, сложившиеся в результате самостоятельного исторического развития. Именно таким путем сформировались система судов Шотландии и судебный процесс, которые дают основание говорить о весьма значительной самостоятельности шотландской правовой системы.

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

Доктрина прецедента начала складываться в Шотландии после ее насильственного присоединения к Англии. К XIX в. принцип прецедента окончательно утверждается в шотландских судах. Он фактически не отличается по содержанию от английской системы, хотя и имеет

свои особенности. С установлением права палаты лордов рассматривать шотландские апелляции по гражданским делам ее решения стали безусловно обязательными для судов Шотландии. Между тем 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 (взаимно), особенно если эти прецеденты интерпретируют статуты Соединенного Королевства в тех сферах, где желательно единообразие (например, в налоговом праве).

Публикация судебных отчетов (прецедентов) стала регулярной лишь с середины XIX в., когда начали издаваться ежегодные серии «Сессионных дел». Кроме того, решения палаты лордов по шотландским апелляциям можно встретить в серии «Всеанглийских судебных отчетов».

Законодательство Шотландии состоит из законов, принятых парламентом Шотландии до 1707 г., из законов парламента Великобритании, принятых с 1707 по 1800 г., и законов, изданных после 1801 г., когда в результате присоединения Северной Ирландии образовалось Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии.

Акты парламента Шотландии, изданные до 1707 г., продолжают в принципе действовать до настоящего времени, периодически пересматриваются, отменяются и переиздаются.

В 1948 г. была начата ежегодная публикация текущего шотландского законодательства, которая продолжается и сейчас. В это же собрание включаются издаваемые Сессионным и Высоким судом (высшие суды Шотландии) Правила гражданского судопроизводства и Правила уголовного судопроизводства, которые приравниваются к законам в силу исторически сложившегося права парламента делегировать свои судебные полномочия. Фактически они относятся к актам делегированного законодательства. Все остальные акты делегированного законодательства публикуются в общем Собрании подзаконных актов в виде ежегодно издаваемых томов, дополняемых томами, содержащими изменения и дополнения.

После вступления Великобритании в европейские сообщества шотландские юристы, так же как и английские, признают в качестве источника права акты, издаваемые органами европейских сообществ.

Как справедливо отмечает И.Ю. Богдановская, в Шотландии действует принцип прецедента и создается прецедентное право. Прецедентное право, действующее под влиянием прецедентов палаты лордов, а также законы, принимаемые английским парламентом, являются для Шотландии теми каналами, по которым происходит воздействие английского права. В результате правовая система Шотландии, имея корни в романо-германском праве, в настоящее время развивается все больше в сторону английского общего права. Вот почему шотландское право мы рассмотрели в разделе, посвященном правовой семье общего права, а не в разделе «Смешанные правовые системы», как это широко распространено в компаративистской литературе.

Английское общее право широко распространилось на многие страны мира в результате английской колонизации. Не менее четвертой части правовых систем современности – это правовые системы стран, входящих в ***Британское Содружество***. Страны Содружества представляют множество правовых систем, существующих в современном мире, – общее право, мусульманское, романо-германское и др. Наличие особенностей правовых связей обусловлено тем влиянием, которое оказало на развитие национальных правовых систем стран Содружества английское общее право. При всем разнообразии большинство национальных правовых систем в том или ином варианте включает в свой состав английское общее право. Именно это обстоятельство придает черты сходства национальным правовым системам в Содружестве.

В период колониальной экспансии английское общее право укоренилось в британских доминионах и зависимых территориях, ставших впоследствии независимыми членами Британского Содружества. Английское право действовало во всех британских владениях, хотя и с довольно значительными различиями. Там, где не существовало разветвленной местной правовой системы, английское право становилось единственной действующей правовой системой. Это относилось, прежде всего, к тем колониям, которые входили в категорию переселенческих, т.е. территорий, занятых английскими поселенцами из метрополии и аннексированных британской короной. К ним принадлежали Канада, Австралия, Новая Зеландия, территории Карибского бассейна. Там действовал общий принцип, согласно которому английские поселенцы приносят с собой английское право как свое личное право.

Другую группу колоний составляли коронные колонии, т.е. территории, приобретенные путем завоевания или цессии и подчиненные британской короне. В случае, если в коронной колонии не имелось правовой системы, применялось исключительно английское право. В тех коронных колониях, которые до этого были заселены местным населением и в которых уже имелась своя правовая система, продолжало действовать существовавшее до этого право, за исключением случаев его изменения короной. Короне здесь не принадлежала абсолютная власть. Английское право применялось также по отношению к англичанам, проживающим в коронных колониях (например, браки совершались по английскому праву).

Внедрению в колонии английского общего права способствовала судебная практика. Общее право распространялось посредством судебных решений, принятых в процессе рассмотрения отдельных дел. При этом эталоном всегда был английский прецедент. Английские высшие суды в своих решениях говорили о крайней важности того, чтобы во всех частях империи, где господствует английское право, суды интерпретировали это право как можно ближе к интерпретации его судами метрополии.

Значительное влияние на распространение английского общего права в доминионах и зависимых территориях оказывали решения Тайного совета. Его юрисдикция распространялась на все части империи, и он был последней инстанцией при рассмотрении судебных дел.

Общее право определяло действие различных отраслей права. Почти во всех англоязычных странах Британского Содружества имелись статуты о рецепции, принимаемые либо местными легислатурами, либо приказами в Совете, учреждающими колонию. В них содержалась общая формула, согласно которой такие законы Англии, которые существовали, когда колония получила местную легислатуру, будут иметь силу в колонии. Под законами при этом понимались статуты (акты парламента), общее право, право справедливости, т.е. этот термин использовался в английском значении слова.

Способом перенесения английского права в доминионы и зависимые страны служила также кодификация целых отраслей права. Принимаемые в связи с провозглашением национальной независимости приказы в Совете о Конституции закрепляют принцип континуитета. Обычно в приказе содержится формула, согласно которой существующее право продолжает оставаться в силе и после введения в действие настоящего приказа. Приказы в Совете объясняют, что понимается под термином «существующее право». Значительно было влияние прежнего права в отраслях, возникших задолго до образования независимого государства (уголовное, гражданское).

Таковы исторические корни и механизм превращения английского общего права в один из элементов действующей национальной правовой системы. Понятно, что нормы английского общего права подвергались модификации вследствие принятия национальными легислатурами новых законодательных актов либо кодификации отдельных областей правового регулирования, которая вела к замене норм общего права нормами статутного права. Но при всем этом общее право и судебный прецедент как один из основных источников остаются частью национальной правовой системы.

Внастоящее время во всех странах Британского Содружества в той или иной форме действует система английского общего права. Проще перечислить государства, входящие в Содружество, в которых действуют иные системы права, нежели английское общее право, и которым вообще неизвестна система общего права как часть национальной правовой системы. К таким государствам принадлежит Мальта, где основанное на статуте право является единственной формой существования права. Основу правовых систем Зимбабве, Свазиленда, Лесото, Ботсваны, Шри-Ланки составляет романо-германское право. К странам, в которых нет общего права, относятся также Бангладеш, Мальдивская Республика (основу правовой системы в них образует мусульманское право).

В остальных странах Британского Содружества английское общее право составляет один из элементов национального права. В некоторых из них английское общее право образует фундамент правовой системы страны (Антигуа и Барбуда, Багамские острова, Барбадос, Белиз, Гренада, Доминика, штаты Нигерии, Сент-Винсент и Гренадины, Вануату, Тринидад и Тобаго, Ямайка), а в некоторых других оно дополнено законодательными актами или кодексами в отдельных отраслях права и областях правового регулирования.

Правовая система австралийских штатов основана на английском общем праве, а в отдельных штатах осуществлена кодификация норм общего права (в области уголовного права).

К следующей группе стран Британского Содружества, в которых действует общее право, можно отнести те, которые принимают английское общее право как один из элементов национальной правовой системы, но обусловливают его действие специальными оговорками в законе. Например, в Тонга английское право применяется в тех случаях, когда нет соответствующих норм.

Правовая система Западного Самоа включает в число действующих источников национального права принципы и нормы общего права и права справедливости Англии в том случае, если они не противоречат Конституции, акту парламента и обычному праву либо не могут быть применены к условиям страны. Источниками национального права здесь являются также акты парламента Соединенного Королевства общего применения, действовавшие в Англии на 1 января 1961 г.

Конституция Папуа – Новой Гвинеи 1975 г. закрепляет систему источников права. Наряду с Конституцией, органическими законами, актами парламента и иными актами, принятыми на основании Конституции, к источникам права относится так называемое лежащее и основании (или общее) право. Последнее включает обычаи, а также принципы и нормы общего права и права справедливости Англии л той мере, в какой они совместимы с Конституцией страны, с ее статутами, обычаями и условиями.

Один из вариантов применения английского общего права существует в тех странах Британского содружества, где нормы общеги права соседствуют с обычным правом. Гражданская и уголовная юрисдикция в Кирибати осуществляется в соответствии с принципами английских статутов общего применения, действовавших в Англии на 1 января 1961 г., а также с принципами английского общего права и доктринами справедливости. Местный обычай применяется туземными судами в отношении развода и споров, возникающих из зарегистрированных договоров.

В Тувалу наряду с нормами английского права (статутами, общим правом, а в некоторых областях права с правом справедливости) действуют нормы обычного права. Это относится к вопросам землепользования, усыновления, личного права.

Приказ о независимости Малави 1964 г. определил, что в стране применяются статуты общего применения, действовавшие в Англия на 11 августа 1902 г., а также принципы английского общего права и доктрины права справедливости. Наряду с этим традиционными судами применяется обычное право. Оно может использоваться и другими судами в случае его соответствия обстоятельствам дела.

Аналогичное положение существует в Сьерра-Леоне. Правовую систему страны составляют общее право, доктрина права справедливости, статуты общего применения, действовавшие в Англии на 1 января 1880 г., а также нормы права, которые по обычаю применимы к различным общинам, проживающим в стране.

Источниками права в Уганде объявляются Конституция, акты и декреты правительства, английские статуты, английское общее право и доктрина права справедливости, а также обычное право страны.

Весьма своеобразна правовая система Науру. В стране применяются: принципы и нормы общего права и права справедливости имевшие силу в Англии на определенную дату; некоторые статуты Австралии, Квинсленда и Папуа; части актов, статутов и законов Англии, действовавшие в Квинсленде на определенную дату, а также обычаи коренного населения.

Отдельную группу образуют те страны Британского Содружества, где существуют смешанные правовые системы.

Английское общее право является важным фактором, воздействующим на развитие Британского Содружества. Сходство в правовых системах стран Содружества обусловливает близость юридического мышления, правовой доктрины, судебной практики.

В судебной практике стран Британского Содружества широко распространено так называемое сравнительное прецедентное право. Ушли в прошлое, пишут издатели журнала «Бюллетень права Содружества», времена, когда юристы могли ограничиться знанием прецедентного права своей страны и Англии. Английские судебные дела широко цитируются в судах и в трудах ученых-юристов стран Британского Содружества. Но и английские суды опираются на прецедентное право стран Содружества. Эта практика приобрела взаимный характер.

Конституция Папуа – Новой Гвинеи специально оговаривает возможность использования судами прецедентов других стран, устанавливая, что не существует препятствий для обращения к решениям или мнениям судов и трибуналов, находящихся за пределами национальной судебной системы, ввиду их убедительной силы.

Иностранные прецеденты широко используются в практике Верховного суда Индии, но и высший суд Малайзии придает большое значение решениям индийского Верховного суда. Суды Канады и Австралии опираются в своих решениях на практику высших судов Англии.

Взаимное использование прецедентов в судебной практике стран Британского Содружества не означает, что складывается одинаковое для всех общее право Содружества. Иностранные прецеденты не имеют обязательной силы на территории страны, если это специально не оговаривается национальным законодательством. В 1963 г. Высокий суд Австралии специально установил, что прецедент, имеющий руководящее значение для английского уголовного права, не должен толковаться в качестве обязательного для Австралии.

За годы независимости во многих странах Британского Содружества сложилось значительное по объему прецедентное право, английские прецеденты здесь играют роль иностранных и не имеют обязательной силы. Они имеют силу прецедента убеждающего действия (Persuasive Authority). To же самое относится к решениям судов других стран Содружества: им часто придается сила прецедента убеждающего действия в судах других стран.

Не создавая какой-либо национальной правовой системы, общее право в Британском Содружестве расценивается вместе с тем как «общее правовое наследие» (Common Legal Heritage). В последнее время наблюдается подъем интереса к правовому наследию Содружества. В связи с этим в Содружестве начала издаваться новая серия «Судебных отчетов Содружества». В 1985 г. были изданы три тома («Отчеты по конституционному и административному праву», «Отчеты по уголовному праву», «Отчеты по торговому праву»).

Поддержке общего правового наследия способствует подготовка специалистов по разработке законодательства по конкретным вопросам. В 1984 г. в Малави был принят закон о компаниях, смоделированный по образу английского. Аналогичный закон о компаниях был принят в Вануату в 1986 г. Работа проводилась одним и тем же специалистом по подготовке законопроектов. Схожие по содержанию с английским законы о компаниях действуют в других странах Содружества (Австралия, Гана, Канада, страны Карибского бассейна). В этом же направлении действуют многочисленные конференции и встречи министров юстиции и должностных лиц, связанных с управлением в области юстиции в странах Британского Содружества. Начиная с 1964 г. в Лондоне ежегодно проводятся курсы для обучения юридических советников правительства стран Содружества. Многие из них впоследствии становятся министрами юстиции, главными судьями, прокурорами. Занятия ведутся по таким предметам, как международное публичное право, техника составления законопроектов, международное торговое и хозяйственное право и т.д.

В рамках Содружества осуществляются три программы взаимной правовой помощи (по уголовным делам, выдаче преступников и передаче осужденных правонарушителей). Юридический отдел Секретариата разрабатывает модели законодательных актов и другие материалы для оказания правовой помощи странам – членам Содружества. Однако эта деятельность преследует и более широкие цели борьбы с преступностью. Особое внимание уделяется разработке законодательных мер по устранению торговли наркотиками и злоупотребления ими. Это касается не только стран-членов, но и мирового сообщества в целом. Она связана со стремлением Британского Содружества играть более активную роль в решении глобальных проблем современности.

Английские поселенцы, обосновавшиеся на территории США, принесли с собой и английское право. Начиная с 1607 г. – даты образования первой колонии – оно считалось единственным действующим правом; обычаи и традиции местного вытесняемого населения игнорировались как нечто нецивилизованное и враждебное.

Новые американские ученые-юристы считают, что ***право США*** начало формироваться с 1800 г. В работе К. Левелина «Традиции общего права» выделяются три периода развития американского права: первый – с 1800 г. до гражданской войны, второй – с гражданской войны до Первой мировой войны, третий – от Первой мировой войны до настоящего времени. И.Ю. Богдановская выделяет четыре этапа в развитии американского права. Первый – этап утверждения прецедентного права в колониальный период. Второй этап начинался после получения независимости и продолжался до 1830 г. Третий этап – с 1830 по 1860 г. – характеризуется рядом изменений в прецедентном праве. Со второй половины XIX в. до настоящего времени продолжается четвертый этап.

Однако английское право претерпело в колониях известные изменения. Это было обусловлено тем, что социально-экономические условия и порядки в колониях были свободны от средневековых наслоений, существенно отличались от ситуации в метрополии. Потребность в регламентации новых отношений, складывающихся в колониях, при отсутствии централизованной судебной власти способствовала утверждению идеи о необходимости писаного кодифицированного закона.

Английское право применялось с оговоркой «в той мере, в какой его нормы соответствуют условиям колонии» (так называемый принцип «дело Кальвина»). Американская революция выдвинула на первый план идею самостоятельного национального американского права, порывающего со своим «английским прошлым». Принятие федеральной писаной Конституции 1787 г. и конституций штатов, вошедших в состав США, было первым и важным шагом на этом пути. Предполагался полный отказ от английского права, а вместе с ним от принципа прецедента и других характерных черт общего права. В ряде штатов были приняты уголовные, уголовно-процессуальные, гражданские и гражданско-процессуальные кодексы, запрещены ссылки на английские судебные решения, вынесенные до принятия Декларации независимости.

Однако перехода американского права в романо-германскую семью не произошло. Лишь некоторые штаты, бывшие ранее французскими и испанскими колониями (Луизиана, Калифорния), приняли кодексы романского типа, которые, однако, в дальнейшем постепенно оказались как бы поглощены общим правом.

В целом же в США сложилась дуалистическая система, сходная с английской: прецедентное право во взаимодействии с законодательным.

Известный французский компаративист Р. Давид справедливо писал, что в Англии и США одна и та же общая концепция права и его роли; в обеих странах существует в общем одно и то же деление права, используются одни и те же понятия и трактовка нормы права. Категории «общее право», «право справедливости», «доверительная собственность» понятны и естественны как для английских, так и для американских юристов. И для тех, и для других право – это только право судебной практики. Нормы, выработанные законодателем, фактически входят в систему американского права лишь после того, как они будут неоднократно применены и истолкованы судами, когда можно будет ссылаться не на сами нормы, а на судебные решения, их применившие.

Право США, следовательно, в целом имеет структуру, аналогичную структуре общего права. Но это только в целом; стоит приступить к рассмотрению той или иной проблемы, как выявляются многочисленные структурные различия между американским и английским правом, многие из которых действительно существенны и не могут сбрасываться со счетов.

Одно из таких различий, причем весьма существенное, связано с федеральной структурой США. Штаты, входящие в состав США, наделены весьма широкой компетенцией, в пределах которой они создают свое законодательство и свою систему прецедентного права. В связи с этим можно сказать, что в США существует 51 система права – 50 в штатах и одна федеральная.

Суды каждого штата осуществляют свою юрисдикцию независимо один от другого, и поэтому совершенно не обязательно, что решениям, принятым в судах одного штата, будут следовать суды других штатов. Как ни сильна тенденция к единообразию судебной практики, тем не менее нередки случаи, когда суды разных штатов принимают по аналогичным делам несходные, а иногда прямо противоположные решения. Это создает коллизии, которые усугубляются возможностью расхождений решений судов штатов (рассматривающих подавляющее большинство дел) и федеральных судов, которым подведомственны различные категории дел.

Ежегодно в США публикуется свыше 300 томов судебной практики, и, несмотря на широкое использование современной компьютерной техники, поиск прецедентов продолжает оставаться нелегким делом.

Решения Верховного суда США публикуются в нескольких изданиях: «US Law Week», «United States Reports» и др. С 1882 г. компания «West Publishing Co.» публикует серию «Supreme Court Reporter», a компания «Lawyer's – Cooperative Publishing Co.» – «Lawyers' Annotated». Последняя компания занимается выпуском «American Law Reports», который состоит из четырех серий. В издании публикуются не все решения, а только те, которые имеют практическое значение.

Для решений других федеральных судов и судов штатов существуют иные отчеты. Следует выделить издание Национальной системы отчетов (National Reporter System), а также два издания правовых энциклопедий – «Corpus Juris Secundum» и «American Jurisprudence Second», в которых можно найти текст необходимых решений, расположенных в соответствующих разделах.

Не меньше, а, пожалуй, даже больше различий и расхождений в право страны вносит законодательство штатов. Оно во многих отношениях различно в разных штатах. Так, в одних установлен режим общности имущества супругов, в других – раздельности; различны основания развода, меры уголовного наказания за одно и то же деяние и т.д. Все это делает правовую систему США более сложной и запутанной, чем английская.

Еще одно отличие американского права от английского – это несколько иное, более свободное действие правила прецедента (здесь он называется «stare decisis»). Высшие судебные инстанции штатов и Верховный суд США никогда не были связаны своими собственными прецедентами. Отсюда их большая свобода и маневренность в процессе приспособления права к изменяющимся условиям в зависимости от конкретных условий места и времени.

Так, Верховный суд США в деле Hertz v. Woodman (1910 г.) определил, что правило stare decisis, хотя оно и направлено на установление единообразия решений и достижение постоянства, все же не является жестким. Следовать или отходить от предшествующих решений – вопрос, который оставлен на свободное усмотрение суда.

Такое более свободное обращение с прецедентом приобретает особое значение в свете правомочия американских судов (не известного английским судам) осуществлять контроль над конституционностью законов. Верховный суд штата или Верховный суд США могут, таким образом, отказаться и от прецедента конституционного толкования. Право конституционного контроля, особенно активно используемое Верховным судом, подчеркивает особую роль судебной власти в американской правовой системе.

По мнению Р. Кросса, отличительной чертой американского права является именно исторически сложившееся множество изолированных по юрисдикции отдельных штатов и сравнительно частое обращение американских судов к рассмотрению важных конституционных вопросов.

Большие возможности судебного воздействия на законодательство не отменяют того факта, что законодательство в правовой системе США имеет большой удельный вес и более значимо, чем статутное право в Англии. Это связано, прежде всего, с наличием писаной конституции, а точнее, целой системы конституций. Как отмечалось выше, штатам предоставлена достаточно широкая законодательная компетенция и они активно пользуются ею. Отсюда значительный по масштабам массив законодательства – статутного права на уровне американских штатов.

Централизация, которой характеризуется развитие американской федерации, привела к значительному увеличению объема федерального законодательства, а также к росту нормотворчества высших звеньев исполнительной власти: президента, федеральных служб и т.д.

В статутном праве США встречается немало кодексов, которых ' не знает английское право. В нескольких штатах действуют гражданские кодексы, в 25 – гражданско-процессуальные, во всех штатах – уголовные, в некоторых – уголовно-процессуальные. Но за исключением штатов французского происхождения, упоминавшихся выше, во всех остальных кодексы отнюдь не напоминают европейские. В кодексах видят плод консолидации, более или менее удачной, а не основу для выработки и развития нового права, как в странах романо-германской правовой семьи. Презюмируется, что законодатель хотел воспроизвести в кодексе прежние нормы, созданные практикой.

Особой формой кодификации в США стало создание так называемых единообразных законов и кодексов, цель которых – установить возможное единство в тех странах общего права, где это особенно необходимо. Подготовку проектов таких законов и кодексов осуществляет Общенациональная комиссия представителей всех штатов совместно с американским Институтом права и Американской ассоциацией адвокатов. Для того чтобы проект стал законом, он должен быть принят в качестве такового штатами.

Среди такого рода кодексов первым и наиболее известным является Единообразный торговый кодекс (ЕТК), который был официально одобрен в 1962 г. ЕТК состоит из девяти основных разделов, расположенных в такой последовательности:

1. общие положения;
2. продажа;
3. торговые бумаги;
4. банковские депозиты и инкассовые операции;
5. аккредитивы;
6. комплексное учреждение;
7. складские свидетельства, коносаменты и другие товарораспорядительные документы;
8. инвестиционные ценные бумаги;
9. обеспечение сделок.

ЕТК не охватывает все торговое право, но то, что вошло в него, .регламентировано достаточно детально, особенно нормы о продаже товаров, об оборотных документах, обеспечении сделок. Нетрудно понять, почему в первую очередь обратились к унифицированной кодификации торгового права. Интересы бизнеса, делового мира страны предопределили как основное направление унификации частного права, так и содержание Кодекса. Кодекс в настоящее время принят во всех штатах, кроме Луизианы.

Единообразные законы и кодексы не следует смешивать с частными систематизациями прецедентного права, и прежде всего с многотомным изданием «Restatement of the Law» («Свод прецедентов»). Это издание, которое готовит американский Институт права, пользуется авторитетом, и на него ссылаются в судебных решениях, в том числе Верховного суда США. Издание «Restatement of the Law» свидетельствует, что в 95-98% случаев решения судов различных штатов совпадают. Вышло в свет 19 томов «Restatement of the Law». Они посвящены договорному праву, представительству (agency), коллизии законов, гражданско-правовым деликтам (torts), собственности (property), обеспечению (security), квазидоговорам (restitution), трактату, судебным решениям.

Как и в Англии, значение обычного права в США велико в области функционирования механизма государственной власти. Конституция США стара, она не освещает многих существенных сторон государственной организации, и этот пробел восполняется не только с помощью текущего законодательства, но и путем признания сложившихся обыкновений, устоявшихся традиций.

Значительно меньше роль обычая в сфере частного права, где он выступает в виде так называемых торговых обыкновений, которые определяются как сложившаяся практика, или порядок деловых отношений, и в таком качестве оказывают нормативное воздействие не только на развитие соответствующих общественных отношений, но и на решение возникающих в этой связи споров. Следует отметить, что процесс американизации правовой системы, позаимствованной у Англии, – это процесс придания ей свойств, благодаря которым она еще в большей степени стала приспособлена к текущим потребностям американского государства. Ориентация на «гибкое правотворчество», наделение судов неограниченными полномочиями по созданию и пересмотру правовых норм, правовой дуализм, вскормленный в условиях американского федерализма, – все это привело к тому, что право США с течением времени превратилось в конгломерат, с одной стороны, явно устаревших, а с другой – современных норм.

Таким образом, правовая система США формировалась под влиянием юридических традиций Великобритании и исторически происходит от ее английского общего права (Common Law). В процессе развития заимствованные английские правовые институты подверглись существенным изменениям. Появлялись новые правовые институты, которые отличали американское право от английского. В результате сложилась новая правовая система, специфика которой определялась федеральным устройством государства, наличием писаных конституций (Конституция США и конституции штатов), а также рядом особенностей социально-экономического и политического развития.

Юридическая терминология, принятая в США и Англии, в одних случаях свидетельствует о различии правовых систем, а в других, наоборот, маскирует это различие. Одна и та же концепция может быть выражена разными терминами, в то же время одни и те же термины могут иметь различные значения. Иностранный юрист должен это знать и не пользоваться английским правовым словарем при изучении тех или иных вопросов американского права.

В американской юридической литературе нет единства мнений в отношении определения понятия правовой системы. В связи с обилием определений целесообразно подразделять их на отдельные, независимые друг от друга группы. Если одни ученые-юристы фактически отождествляют понятие правовой системы с правом, то другие определяют это понятие значительно шире.

Приведем ряд примеров. Так, Мартин П. Голдинг высказывает мнение, что правовая система существует в обществе при соблюдении следующих условий:

*во-первых,* если существуют законы;

*во-вторых,* если существуют учреждения, которые создают и изменяют законы;

*в-третьих,* если есть учреждения, которые определяют нарушения законов;

*в-четвертых,* если функционируют учреждения, обеспечивающие применение законов и разрешающие споры между индивидами.

Понятием правовой системы автор фактически охватывает право, правотворчество и правоприменение. Последний блок этой системы имеет свою собственную структуру.

Еще более четкое определение правовой системы дает Дж. Тернер. Все правовые системы, пишет он, состоят из четырех базовых элементов:

*во-первых,* системы права;

*во-вторых,* процесса правотворчества;

*в-третьих,* процесса разрешения споров или судов;

*в-четвертых,* правоприменительных учреждений.

Анализируя связь этих структурных блоков в единую систему, Дж. Тернер считает, что понятие правовой системы представляет собой сложную, постоянно изменяющуюся динамичную структуру, находящуюся в тесной взаимосвязи с другими элементами социальной действительности. В то время как традиционные формы социального контроля входят в противоречие с такими ключевыми институтами, как экономика, политика, религия, структурное развитие правовой системы становится как бы «ответом» на интегративные проблемы, поставленные этой дифференциацией. Более того, развитие правовой системы при соответствующих условиях может создать институциональные отношения, которые ускоряют развитие в американском обществе.

Интересное определение правовой системы было предложено профессором Лоуренсом М. Фридмэном. К понятию правовой системы он относит нормы права как таковые и те структуры, институты, процессы, которые вдыхают в них жизнь.

При исследовании правовой системы США неизбежно возникает вопрос о ее структуре, ибо эта категория позволяет проанализировать статистический срез данного понятия.

В американской юридической литературе нет единодушия и по этой проблеме. Так, в исследовании американского права, подготовленном издательством Британской энциклопедии, в правовую систему включены 17 элементов: общее право, законодательство, конституция, федеральная система права, Верховный суд, административное право, налогообложение, уголовное право, гражданские права и свободы, правовой статус женщины, право корпораций, банковское право, долговое право и кредитование, право собственности и обязательственное право, завещательное право, юридическое образование, юридическая профессия и юридическая помощь.

Эти 17 структурных единиц объединены в пять блоков. Первый охватывает общее право, суды и их связь с законодательством. Второй касается только федерального права. Третий рассматривает право в его взаимосвязи с бизнесом. Четвертый характеризует связи между правом и частными лицами. Пятый посвящен институту присяжных заседателей, процессу оказания юридической помощи и подготовке юридических кадров.

Еще более широкое толкование правовой системы содержится в монографии американского юриста Д. Кафлина. Фактически отождествляя право и правовую систему, он вводит в ее структуру 24 элемента. Среди них такие, как юридическая профессия; судебная система; судебное процессуальное право; контракты; нанесение вреда лицам и собственности; диффамация; небрежность; право наследования; содержание нетрудоспособных лиц; документация в сфере торгового оборота; труд и управление; корпорация; товарищества; брак; развод, разделение, аннулирование; право недвижимости; задолженность и кредитование учреждения; уголовное право; право купли и продажи; патенты, авторское право и торговые марки; защита покупателя; система права; Верховный суд.

В отличие от других работ американских авторов Д. Кафлин наиболее полно вводит в правовую систему институты, имманентно присущие общему праву в целом и традициям США в частности. Только этим можно объяснить то, что структура правовой системы США ориентирована на традиционные институты общего права. Отраслям же права как понятию, которое появилось в общем праве в результате влияния романо-германского права, автор отводит незначительную часть исследования.

В приведенном выше описании правовой системы США хорошо прослеживается специфический для этой страны подход к анализу явлений правовой действительности через призму характерного для стран общего права правосознания, в корне отличного от юридического мышления ученых и практиков стран других правовых семей.

Интересен подход к изучению правовой системы, предложенный профессором Л. Фридмэном. В частности, он считает, что сюда относятся структура, сущность и культура. К структуре он относит скелет, ту ее внутреннюю часть, которая существует неопределенно длительное время и придает форму всему понятию в целом. Другим важным аспектом правовой системы является, с точки зрения Л. Фридмэна, сущность, которая выступает в виде действующих норм права, определяющих поведение людей внутри правовой системы. И наконец, последним элементом правовой системы является правовая культура, под

которой следует понимать отношение людей к праву и правовой системе: их ценности, идеи, надежды и ожидания. Другими словами, это часть общей культуры, которая касается правовой системы.

Ни один из трех основных элементов, составляющих право, – структура, сущность и культура – не может иметь значения в отрыве от других. Федерализм – это реально существующий структурный факт. Он также порождает и сущность – правила о властных полномочиях штатов и государства в целом. Они в свою очередь влияют на правовую культуру. В то же самое время именно правовая культура (то, о чем люди думают и во что верят) наполняет федерализм живой частью права, структуру – смыслом. Но и сама правовая культура не статична. Она изменяется вместе с обществом.

По своему происхождению термин «Common Law» охватывает ту часть права Англии, которая противостояла статутному праву (Statute Law) и была общей для всей страны в противоположность местному праву. Это понятие до сих пор может быть использовано в таком же смысле применительно к праву древней Англии в период, предшествующий распространению законодательства.

В США понятие «общее право» (Common Law) может быть использовано по крайней мере в трех вариантах.

*Во-первых,* данным понятием определяется право, создаваемое судами в противоположность законодательным органам. В связи с этим употребляется еще ряд терминов: «судебная практика» (Case Law) применяется именно в этом смысле; «право нормоустановительных решений» (Decisional Law) охватывает правовые нормы, создаваемые, наряду с судами, другими органами, например административными трибуналами; «статутное право» (Statute Law) применяется в отношении нормативных актов законодательных органов; «законодательство» (legislation) часто используется в широком смысле, охватывая такие источники права, как конституции, договоры, административные правила, и довольно часто выступает фактически синонимом статутного права.

*Во-вторых,* значение понятия «общее право» относится к совокупности правовых норм, применяемых судами общего права в противоположность судам справедливости.

*В-третьих,* значение этого понятия может касаться Соединенных Штатов как страны общего права в противоположность странам романо-германского права (Civil Law), которое исторически происходит от римских правовых традиций.

Наряду с ранее названными в американском праве есть еще ряд терминов и понятий, которые требуют пояснения при анализе правовой системы США. К ним относятся: гражданское право (Civil Law), публичное право (Public Law), частное право (Private Law), живое право (Living Law).

Понятие «Гражданское право» (Civil Law) в США имеет два значения: оно часто используется для обозначения права страны или ее части в противоположность международному праву; этим понятием охватывают совокупность правовых норм в противоположность уголовному праву (Criminal Law), т.е. термин «civil» противостоит термину «criminal» и не связан по своему происхождению с гражданским кодексом. Американское гражданское право включает в себя правовые нормы, которые регулируют установление, изменение или удовлетворение прав частных лиц.

В юридической литературе США довольно часто встречаются термины «частное право» и «публичное право». Эти категории не являются традиционными и заимствованы из терминологии романо-германской системы права, причем только по форме, но не по содержанию. В частности, в американском праве понятие «частное право» охватывает шесть институтов: контракты (Contracts), обязательства из правонарушений (Torts), собственность (Property), семейное право (Family Law), право торгового оборота (Commercial Law) и предприятия бизнеса (Business Enterprises).

В противовес частному публичное право объединяет конституционное право (Constitutional Law), административное право (Administrative Law), регулирование трудовых отношений (Trade Regulation), трудовое право (Labor Law), уголовное право (Criminal Law).

Некоторые теоретики американского права употребляют понятие «живое право» (Living Law). Под ним понимается совокупность ныне действующих, а не просто существующих правовых норм. Так, Л. Фридмэн определяет его следующим образом: *«Живое право* – *это право, которое живет в правовой системе».*

Одним из ключевых вопросов в понимании сущности функционирования правовой системы США являются эволюция источников права Соединенных Штатов и их отношения между собой. К источникам права относятся: судебный прецедент, законодательство, нормативные правовые акты органов исполнительной власти, обычай и право справедливости.

*Судебный прецедент.* Американская правовая система своими корнями уходит в английскую систему общего (прецедентного) права.

Основополагающим его принципом является принцип следования судебному прецеденту (Stare Decisis), суть которого сводится к тому, что суды при рассмотрении дел обязаны следовать ранее установленным судебным решениям по аналогичным делам.

В Соединенных Штатах принцип следования прецеденту имеет свои особенности. В частности, судебная практика характеризуется гибким применением этого принципа, приспособлением его к политическим и социально-экономическим условиям на каждом историческом этапе развития страны.

Прецедентное право создало определенную преемственность в конституционном развитии США. Оно позволяет развивать Конституцию, поскольку в конституционной области больше, чем в какой-либо другой, судьи не стремятся связывать себя своими предшествующими решениями. Если верно суждение, что Конституция – центр правовой системы, а ее основу составляют судебные прецеденты, те из этого можно сделать вывод, что судебный прецедент – основа правовой системы США.

Деятельность Верховного суда США сосредоточивается прежде всего вокруг толкования Конституции. Интерпретируя ее, Верховный суд США разработал многие понятия: «полицейская власть», «распределение полномочий федерации и штатов» и др.

*Законодательство.* Вторым важным источником и компонентом американского права является статутное право, которое охватывает правовые нормы, устанавливаемые законодательными органами. На протяжении всей истории существования американского государства конгресс США и законодательные органы штатов играли активную роль в создании правовых норм, регулирующих различные аспекты жизни общества. Это значительно дополняло свод норм, создаваемых судебными прецедентами.

Среди федеральных законов центральное место занимает Конституция США. Это не такой закон, как все другие. Закон обычно рассматривается в странах общего права как нечто чуждое общему праву, способное только вносить в право некоторые дополнения и уточнения. Конституцию США нельзя рассматривать под таким углом зрения. Она – Основной закон, и можно считать, что само общее право черпает в ней свою силу в соответствии с идеями школы естественного права, господствовавшими в 1787 г.

Конституция США – выражение общественного договора, который объединяет граждан, и легитимации власти. Она – Основной закон, определяющий сами устои общества. Нельзя рассматривать ее на том же уровне, что и другие законы, которые направлены на дополнение или уточнение права судебной практики и формируют некоторые частные нормы. Конституция США, господствующая над корпусом общего права, – закон романского типа, который не преследует непосредственную цель рассмотрения споров, а устанавливает нормы общего характера об организации и поведении администрации.

Конституция – это верховный закон страны. Она является высшим авторитетом. Ни один человек, ни одна ветвь власти – ни Президент, ни конгресс, ни полицейский на перекрестке – не имеют права игнорировать Конституцию; ее текст и ее правила – закон. Суды являются проводниками Конституции. Они обладают правом подвергать проверке неконституционные действия с целью объявить их недействительными и не имеющими силы.

Однако толкование законов и практики их применения определялось нормами общего права. То есть верховенство судебного прецедента было и остается одним из основополагающих принципов американской правовой системы.

В период после Второй мировой войны роль и масштабы законодательного правотворчества существенно возросли. Нормативные акты конгресса США и законодательных органов штатов охватывают очень широкий круг политических и социально-экономических проблем.

Систематизация и кодификация законодательства проводятся как в штатах, так и на федеральном уровне. Имеются три официальных издания федеральных законов. Полностью тексты законов публикуются только в двух из них. Первое издание выходит периодически в виде сборника. В нем в хронологическом порядке публикуются тексты законов, принятых конгрессом США, международных соглашений и договоров, ратифицированных Соединенными Штатами, а также некоторые наиболее важные нормативные акты органов исполнительной власти. Во втором издании содержатся несброшюрованные оттиски законов, которые нумеруются и публикуются по мере их принятия в конгрессе США. И наконец, третьим изданием федеральных законодательных актов является Свод законов США (United States Code Annotated), в котором положения одного и того же нормативного акта изложены в различных главах и разделах в зависимости от предмета правового регулирования.

*Нормативные правовые акты органов исполнительной власти* представляют собой третий и постоянно возрастающий по своему значению источник американского права. Основой такого направления деятельности федерального аппарата управления являются полномочия, делегируемые органам исполнительной власти законодательными органами. На практике административные акты (приказы, правила, директивы, инструкции), принимаемые с целью конкретизации и детализации законов, во многих случаях их подменяют. Это новое право (Administrative Law) носит полуадминистративный-полусудебный характер, как и прежнее право справедливости, но оно выработано и применяется органами, функционирующими под контролем традиционных судов.

*Обычай.* Наряду с приведены ми выше источниками существует четвертый источник американского права – обычай (Custom). Eго значение весьма второстепенно и не идет в сравнение с основными источниками американского права.

Американское право не является правом обычным. Хотя такое мнение возникло у многих европейских юристов потому, что они придерживались альтернативы: право может быть либо писаным, основанным на кодексах, либо неписаным и, следовательно, обычным, американское право никогда нe было обычным: это право судебной практики.

Вместе с тем обычай сыграл большую роль в становлении и эволюции правовой системы США. И сейчас его значение велико в области функционирования институтов государственной власти. Многие из них сложились и функционируют в силу традиций политической практики, а не на базе прецедентного или статутного права. Например, такие институты, как постоянные комитеты палат конгресса США, кабинет, политические партии, регламентируются обычаями, а не законами или Конституцией, которая вообще не предусматривает их существование.

*Право справедливости.* Определенное место среди источников американского права занимает ряд институтов права справедливости (Law of Equity). Оно возникло и существовало в Великобритании параллельно с общим правом и было своеобразным дополнением к нему. Впрочем, чтобы избежать двусмысленного толкования, в Англии ныне употребляют понятие «equity» в понимании справедливости, распространенном на Европейском континенте. В этом последнем случае используют понятия «justice», «fairness», «good conscience».

До 1875 г. право справедливости отличалось от общего права пятью фундаментальными параметрами. Его нормы, созданные канцлерским судом, имели иное историческое происхождение, чем нормы общего права, созданные вестминстерскими судами. Нормы права справедливости мог применять только канцлер, судам общего права это не дозволялось. Процедура права справедливости в отличие, от общего права никогда не знала института присяжных. В канцлерском суде можно было просить такие решения, которых не знало общее право. Наконец, приказ, выдававшийся канцлером в итоге рассмотрения дел, имел дискреционный характер.

Развитие отношений между общим правом и правом справедливости после судебных реформ 1873–1875 гг. шло по пути, который сделал возможной определенную рационализацию английского права. Однако этот процесс не вышел за традиционные рамки и не привел, в частности, к отказу от таких прочно укоренившихся в сознании юристов категорий, как общее право и право справедливости.

В тех случаях, когда нормы общего права не могли разрешить тот или иной спор, стороны вынуждены были обращаться в суды справедливости, которые формулировали свои решения в виде приказов. Особенности развития и совершенствования американской правовой системы привели к тому, что постепенно право справедливости утратило свое самостоятельное значение. Однако в практику деятельности американских судов прочно вошли судебные приказы, которые запрещают или предписывают какое-либо действие.

Из-за отсутствия в США специальных судов, применяющих каноническое право, суды справедливости включили в сферу своей деятельности те вопросы, которые в Англии относились к церковной юрисдикции. .Компетенция судов справедливости, по мнению американцев, необходима в тех случаях, когда право не предоставляет никаких средств для решения вопроса. Например, поскольку мужа и жену рассматривали как одно лицо, право не давало им возможности предъявлять иск друг к другу. Поэтому концепция права справедливости получила в Америке распространение, которое вызывает удивление английских юристов. В частности, дела о признании недействительности брака рассматривались именно подобным образом, пока не появился на свет соответствующий закон.

Американское право прошло более чем 200-летний путь самостоятельного развития и потому существенно отличается от английского права, хотя и произошло от него и принадлежит к той же правовой системе. Вместе с тем американское право испытывало на себе влияние и других национальных правовых систем.

Основываясь на детальной разработанности особенностей американского права, мы укажем лишь на следующие его характерные черты.

*Во-первых,* двухуровневое правовое развитие, при котором параллельно и в то же время во взаимодействии действуют правовые сие темы федерации и штатов. Своеобразны способы унификации прав в масштабе федерации. Федеративное устройство США ставит на повестку дня вопрос о единстве правовой системы страны.

*Во-вторых,* главенствующее положение федеральной Конституции, удельный вес которой практически определяется толкование} ее положений Верховным судом. Наличие Конституции США ограничивает свободу действий как законодательных, так и судебных органов в части внесения изменений в организацию правосудия.

*В-третьих,* реализация принципа разделения властей дополняет с введением судебного контроля за конституционностью законов При этом Верховный суд США напоминает скорее законодательный чем правоприменительный орган, особенно когда создаваемая им норма распространяется не на рассматриваемое дело, а на дела, которые могут возникнуть в будущем.

*В-четвертых,* сохранение приоритетной роли судебной практики сочетается с интенсивным развитием отраслевого законодательства. Но его кодификация в отличие от романо-германского права происходит скорее в виде консолидации актов и норм. Сборники законов служат разновидностями систематизированных собраний действующих актов и Свода законов.

*В-пятых,* наблюдается немалое различие в юридической терминологии Англии и США.

*В-шестых,* американский прецедент более подвижен, чем английский. Так, Верховный суд США и верховные суды штатов не связаны своими прецедентами. Нет формальных запретов на внесение изменений в ранее принятые решения или на отказ от прецедента. При рассмотрении конкретного дела суд вправе переоценивать факты применяемого прецедента, отнесенные к основным обстоятельствам.

Анализируя соотношение источников американского права, нельзя не обратить внимание на рост удельного веса законодательства и нормативных актов органов исполнительной власти. Основываясь на этом факте, некоторые ученые – специалисты по американскому праву поднимают вопрос о падении значения судебного прецедента в механизме правового регулирования США. С нашей точки зрения. Происходящие в современном праве США процессы значительно глубже и не следует давать им столь однозначные оценки.

Тот факт, что американские судьи в своих решениях все чаще ссылаются на законы, а не на судебные прецеденты, свидетельствует не столько о падении роли последних, сколько о совершенствовании правовой системы США в целом. Постоянное усложнение и расширение круга социально-экономических и политических проблем, ранее не попадавших в поле зрения судей, заставляет их обращаться к законам, в которых более совершенно урегулированы общественные отношения. Однако позже суды уже могут ссылаться и на закон, и на судебный прецедент или только на судебный прецедент. И также, как и прежде, закон становится действующим, только если на него опираются суды. В противном случае его нормы будут мертвы.

Таким образом, механизм правового регулирования США, одним из ключевых рычагов которого является судебный прецедент, по своей сути изменяется очень медленно. И это вполне закономерно, ибо он имеет более чем тысячелетнюю историю и просуществует еще не один год. А юридические механизмы, которые складывались веками и постоянно модернизировались и совершенствовались, коренным образом изменить практически невозможно.

Однако трансформация правовой системы США идет. Социальное развитие на пороге XXI столетия ставит перед американским обществом целый комплекс важных проблем, среди которых и необходимость совершенствования правовой системы. Ряд авторов-юристов полагали, что общее право в целом и право США в частности представляют собой архаичное, громоздкое, неповоротливое и неприспособленное к нуждам современного американского общества явление. С нашей точки зрения, с таким тезисом согласиться нельзя.

Действительно, американское право не отличается простотой по своему нормативному материалу, и оно очень объемное. Однако при этом следует отметить, что возможности научно-технического прогресса и компьютеризации позволяют американским юристам ориентироваться в огромном количестве правовых норм и применять их с не меньшей, если не большей оперативностью, чем юристам других правовых систем.

Семья общего права включает кроме английского права, которое было ее основой, правовые системы всех стран английского языка, за некоторыми исключениями. Влияние общего права было значительным также во многих, если не во всех, странах, которые политически были связаны с Англией (т.е. государства – члены Британского Содружества).Эти страны могли сохранить в ряде сфер свои собственные традиции, институты и концепции, но английское влияние наложило, тем не менее, глубокий отпечаток на мышление юристов этих стран хотя бы в силу того факта, что административные и судебные органы, с одной стороны, и судебный процесс и система доказательств – с другой, построены и регулируются в них по модели английского права.

В правовую семью общего права попадает правовая система большой группы стран, расположенных на разных континентах, отличающихся друг от друга и по уровню экономического развития, и по культуре, и по традициям. В Америке – это Канада и ряд государств Карибского бассейна, в Австралии и Океании – Австралийский союз, Новая Зеландия и некоторые островные государства. В Африке – Нигерия, Гана, Кения, Уганда, Танзания, Замбия и др. В Европе – Ирландия. Их всех объединяет то, что они в свое время попали в определенную зависимость от Англии, что предопределило прямое действие английского права, в том числе общего, и произошло заимствование самого принципа прецедента, признание судебной практики в качестве источника права.

**Тема 2.3. Религиозная правовая семья**

**1. Мусульманское право: понятие, источники, мазхабы. Современное мусульманское право**

Одна из важнейших задач социального и политического ха­рактера, которая встала сегодня перед всеми развивающимися страна­ми, - это задача упорядочивания права, в частности, системати­зации и кодификации и одновременно унификации разнотипных элементов структуры национальной системы права. Но цели ин­теграции и унификации достигаются не без определенных труд­ностей. Упрощая структуру права за счет кодификации, прави­тельства и законодатели этих стран сталкиваются с проблемой незавершенности выделения традиционного и обычного права из системы других социальных норм (прежде всего религиозных, куль­товых и др.), а также с необычайной «живучестью» традиционных социальных структур, традиционного сознания. Решение пробле­мы унификации права, по мнению некоторых исследователей, рав­носильно решению главной задачи в строительстве нации совре­менного типа.

Совокупность национальных правовых систем государств мира, где доминирует религиозное право, называется религиозной правовой семьёй (или семьёй религиозного права). Термин религиозная правовая семья был введён в науку французским учёным Р. Давидом.

Наибольшее внимание исследователей традиционно в рамках данной правовой семьи привлекает: мусульманское и индусское право.

Мусульманское право как система норм, выражающих в религиозной форме в основном волю религиозной знати и в той или иной степени санкционируемых и поддерживаемых теократическим исламским государством, в своей основе сложилось в эпоху раннего средневековья в VII–X вв. в Арабском халифате и основано на религии – исламе.

Ислам исходит из того, что существующее право пришло от Аллаха, который в определенный момент истории открыл его человеку через своего Пророка Мухаммеда. Право Аллаха дано человечеству раз и навсегда, поэтому общество должно руководствоваться этим правом, а не создавать свое под влиянием постоянно изменяющихся социальных условий жизни. Правда, согласно теории мусульманского права, божественное откровение нуждается в разъяснении и толковании, на что и ушли века кропотливой работы мусульманских юристов-факихов. Однако их усилия были направлены не на создание нового права, а лишь на то, чтобы приспособить данное Аллахом право к практическому использованию.

Поскольку, согласно исламу, мусульманское право отражает волю Аллаха, оно охватывает все сферы общественной жизни, а не только те, которые обычно относятся к правовой сфере. Так, мусульманское право в широком смысле определяет молитвы, которые мусульманин должен читать, посты, которые он должен соблюдать, милостыни, которые он должен подавать, и паломничества, которые он должен совершать. Причем к соблюдению этих правил нельзя принуждать. В этом смысле мусульманское право рассматривается как единая исламская система социально-нормативного регулирования, которая включает как юридические нормы, так и неправовые регуляторы, в первую очередь религиозные и нравственные, а также обычаи.

Шариат – своего рода квинтэссенция ислама. Он состоит из двух частей: теологии, или принципов веры (акида), и права (фикх). Фикх, или мусульманское право, делится на две части: первая указывает мусульманину, какой должна быть линия его поведения по отношению к себе подобным (муамалат); вторая предписывает обязательства по отношению к Аллаху (ибадат). Впрочем, по мнению некоторых авторитетных исследователей, ибадат (теология) занимает в шариате даже подчиненное положение по отношению к муамалату (праву). Эти две части шариата составляют предмет юридической науки в том виде, в каком она была определена и изучена различными мусульманскими правовыми школами (мазхабами). Изучение государства не является частью мусульманской юридической науки.

Основная функция фикха состоит в сохранении неразрывных связей между законодательством мусульманского государства и его первичными источниками. Различие между мусульманской юридической наукой и светской юридической наукой заключается в том, что мусульманская правовая система берет начало в Коране и считает право плодом божественных установлений, а не продуктом человеческого разума и социальных условий.

Хотя ислам самая молодая из трех мировых религий (его возраст приближается к четырнадцати векам), он получил очень широкое распространение. Ислам является не только определенной идеологией, религиозно-этическим учением, но и особой культурой, цивилизацией. Нормы его нацелены как на решение религиозно-культовых вопросов, так и на регулирование повседневного поведения мусульман, на формирование образа их жизни в целом.

Спустя столетие после смерти Пророка Мухаммеда (632 г.) в Арабском халифате к власти пришла династия Омейядов, проводившая агрессивную, завоевательную политику, в результате которой ислам пересек Северное побережье Африки и проник в Испанию. На востоке он перешел границы Персии и достиг Инда. В XV в. последовала вторая волна исламского нашествия. Завоеватели, ведомые султанами Османской империи, разбили Византийскую империю, взяли Константинополь (1453 г.) и установили господство ислама в Юго-Восточной Европе. Ислам получил признание и в Азии.

После Второй мировой войны некоторые арабские государства (а нередко не только арабские) стали официально называться исламскими. Конституция Ирана 1979 г. также восприняла термин «исламская республика». В Республике Индия более 10% населения, т.е. приблизительно 100 млн. человек, исповедуют ислам. Некитайское население Малайзии и Индонезии – преимущественно мусульмане. В Африке миссионеры и торговцы завоевали для ислама долину реки Нил и территорию современного Судана. Оттуда он распространился по торговым путям Сахары на запад. В результате население не только Северной Нигерии, но и большинства государств, входивших ранее во Французскую Западную Африку, преимущественно мусульмане. Ислам широко распространен также на Восточном побережье Африки: Сомали почти полностью населено мусульманами, а в Танзании и Кении имеются значительные мусульманские меньшинства. Таким образом, в настоящее время мусульманское право в том или ином объеме действует во многих странах – от Марокко на северо-западе Африки до Фиджи в Океании. По разным подсчетам, в мире проживает от 800 млн. до миллиарда человек, исповедующих ислам, т.е. 1/6 населения земного шара. Однако пространственное действие мусульманского права не идентично географическим границам стран с мусульманским населением. Существуют нации и этнические группы, исповедующие ислам в качестве религии, но не воспринявшие мусульманское право.

Основу мусульманской юридической науки составляет казуистический метод. За ним закрепилось название «ильм аль фуру» или «маса ил» (разбирательство дел).

У истоков всех мусульманских правовых школ, суннитских и шиитских, учения которых признаются, стояли две школы – школа Meдины и иракская школа. Эти старейшие школы использовали обычное право, укоренившееся на контролируемых ими территориях, и приспособили его к потребностям исламской веры.

В силу исторических причин сегодня насчитываются четыре суннитские – ханифитская, маликитекая, шафиитская, ханбалитская – школы мусульманского права и три шиитские – джафаритская, ис-маилитская, зейдитская. Каждая школа имеет свою юридическую методику и концепцию, и каждая претендует на то. чтобы считаться самостоятельной системой мусульманского права.

Мусульманское право базируется на непререкаемых постулатах, придающих системе незыблемость. Мусульманские юристы осуждают все то, что в какой-то мере случайно или неопределенно. По своей структуре правовые нормы, сформулированные этими юристами, всегда основаны на внешних факторах. Мотивы и намерения индивида никогда не принимаются во внимание.

Все психологические элементы сознательно исключаются из рассмотрения.

Закон в понятии позднеримского и романо-германского права в мусульманском правопонимании не существует. Теоретически только Бог имеет законодательную власть. В действительности, единственным источником мусульманского права являются труды ученых-юристов. Мусульманское право представляет собой замечательный пример права юристов. Оно было создано и развивалось частными специалистами. Правовая наука, а не государство играет роль законодателя: учебники имеют силу закона. При рассмотрении дела судья никогда прямо не обращается к Корану или сунне – преданиям о Пророке. Вместо этого он ссылается на автора, авторитет которого общепризнан.

Мусульманское право как совокупность определенных норм сформировалось за первые два века существования ислама. Последующие века практически не принесли ничего нового. Этот застой приписывается так называемому закрытию врат человеческих усилий – иджтихаду. Однако шиитские школы никогда не признавали этого «закрытия». Поэтому право шиитов всегда было гораздо более гибким, чем право, исповедуемое суннитскими школами.

В целом вплоть до XIX в. эволюция мусульманского правосознания находила свое отражение преимущественно в религиозно-юридических комментариях и сборниках фетв, которые по-новому истолковывали традиционные положения и принципы шариата, никогда не отвергая их прямо и не изменяя их привычного звучания. Этому способствовали сравнительно медленные темпы общественного развития, господство религиозной формы общественного сознания.

В таких условиях мусульманское право более или менее отвечало своему социальному назначению.

История мусульманского права начинается с Корана – собрания изречений Пророка Мухаммеда, составленного через несколько лет после его смерти. Коран состоит главным образом из положений, касающихся нравственности и носящих слишком общий характер, чтобы быть точными и целенаправленными. Например, Коран поучает мусульманина выказывать сострадание слабым и неимущим, честно заниматься предпринимательством, не предлагать взятку судьям, уклоняться от ростовщичества и азартных игр. Однако в нем Hi. указывается, каковы правовые санкции за нарушение этих заветов, правила поведения касаются большей частью молитвенных ритуалов, поста и паломничества. Даже в тех случаях, когда Коран затрагивает проблемы права в узком смысле, относящиеся, например, к семейному праву, он не содержит единой системы правил, а лишь предлагает решение нескольких проблем, которыми занимался Пророк Мухаммед, будучи судьей. Согласно Корану, в этой роли Пророк Мухаммед всегда исходил из положений обычного права, изменяя его только тогда, когда оно казалось ему недостаточным или противоречило его политической цели заменить старый арабский трайбализм сообщнос-тью людей, связанных верой в Аллаха. Так, в обычном праве арабов Мухаммед нашел правило, согласно которому право наследования имели только родственники покойного мужского пола. Мухаммед изменил это правило, признав, что дочери, вдовы и сестры умершего имеют определенные права наследования наравне с наследниками мужского пола. Этим обозначился переход от традиционной патриархальной организации племени к новой модели, в которой семья являлась основной ячейкой общества.

Вторым по значимости источником права после Корана является сунна – собрание преданий (хадисов) о поступках и высказываниях о Пророке Мухаммеде. Сунна явилась итогом толкования Корана в первые десятилетия после смерти Пророка и отражала политическую и религиозную борьбу вокруг его наследства.

Юридические нормы, содержащиеся в Коране и сунне, мусульманские ученые-юристы считают имеющими божественное происхождение и в принципе неизменными в отличие от правил поведения, сформулированных на основе других источников мусульманского права.

В период правления Омейядов (662–750 гг.) в Арабском халифате произошли социально-экономические изменения, которые привели к упрочению феодальных отношений у населявших его народов, в том числе и у арабов. С появлением новых общественных структур в экономической и культурной жизни халифата возникла необходимость совершенствования мусульманского права, трансформации старых юридических представлений и институтов, создания новых правовых норм, которые отражали бы потребности развивающихся феодальных отношений, охраняли бы интересы богатых купцов, мусульманского духовенства. Одновременно такие нормы должны были сочетаться с постулатами самого ислама, а в какой-то мере и с правовыми традициями завоеванных народов. Тогда-то и появились многочисленные суннитские и шиитские правовые школы (мазхабы), которые оказали огромное влияние на дальнейшую эволюцию мусульманского права.

Аббасиды, правившие Арабским халифатом с 750 г., всемерно способствовали усилению влияния мусульманского права в государстве, признали авторитет ведущих правоведов-факихов и призвали многих из них в высшую судебную инстанцию. Между тем в огромном Арабском халифате возникло и разрослось несколько центров по изучению божественного откровения. Школа Куфы была названа ханифитской по имени Абу Ханифа – одного из первых ее создателей, а школа Медины – маликитской по имени ее основателя Ибн - Малика. Со временем разногласия между этими школами становились все значительнее. Тем более что высказывание, приписываемое Пророку Мухаммеду, гласило: «Различия мнений в моей общине – признак благорасположения Аллаха».

К концу IX в. появились еще две правовые школы, до сих пор имеющие большое значение: шафиитская школа, названная так в честь знаменитого ученого Аш-Шафии, и ханбалитская школа, названная именем своего основателя Ибн-Ханбала.

Со временем эти четыре школы права стали доминировать в отдельных частях мусульманского мира: маликитская, ханифитская – на Ближнем и Среднем Востоке (особенно в Египте, Ливии и Афганистане) и в долине Инда, в Северной, Западной и Центральной Африке, шафиитская – в Восточной Африке, Малайзии и Индонезии, ханбалитская – в Саудовской Аравии. Каждая из этих школ права признавала законность других.

Тем не менее, многочисленные точки зрения отдельных ученых-юристов и правовых школ на доктрину породили опасение, что мусульманское право распадется из-за изобилия частных мнений. Чтобы избежать этого риска, Аш-Шафии создал учение о четырех корнях – источниках мусульманского права. В результате юристы получили твердое общее обоснование правовой оценки. Первым корнем – источником мусульманского права, естественно, является Коран. Второй корень – сунна, т.е. рассказы о жизнедеятельности Пророка, столь важные для интерпретации и прояснения правил Корана. Третий корень – *иджма*: согласие, достигнутое всем мусульманским сообществом по вопросу об обязанностях правоверного. Четвертый корень – *кияс* – аналогии, т.е. применение к новым сходным случаям правил, установленных Кораном, сунной или иджмой. В ходе дальнейшего развития исламского правового учения в эту схему было внесено лишь одно изменение – изменение идеи иджма, существенно повысившее ее практическое значение: предложение, принятое однажды правоведами всех или даже одной правовой школы, считается правилом. Этот принцип имеет в историческом плане что-то общее с древнеримским communis opinio prudentium («единое мнение ученых-специалистов»).

Из четырех корней-источников важнейшее значение имеет согласованное заключение правоведов-факихов, поскольку в конечном счете именно оно определяет с использованием аналогии и без нее, какое справедливое правило закона можно извлечь из Корана или сунны. Появление этих источников мусульманского права было в юридическом плане обусловлено тем, что Коран не был полным сводом юридических норм, а сунна, наоборот, представляла собой громадное множество (многие тысячи) хадисов, которые зачастую противоречили друг другу и в которых простые мусульмане и даже судьи практически не могли самостоятельно разобраться.

После того как все исламские правовые школы приняли классическое учение о корнях – источниках мусульманского права, созидательная деятельность мусульманских юристов пошла на убыль. Бытовавшая прежде практика решения сомнительных вопросов в относительно свободной форме, придерживаясь вместе с тем духа Корана, теперь считалась неправильной; следовало ограничиваться объяснением и толкованием книг по мусульманскому праву, почитаемых в отдельных исламских правовых школах. Таким образом, мусульманская правовая мысль постепенно стала весьма догматической, что вероятно, способствовало в дальнейшем развитию некоторых отраслей права вне шариата.

Все еще безоговорочно признавалось, что халиф как глава государства полномочен передавать административные конфликты на рассмотрение специализирующихся в этих отраслях судей и указывал им правила, которыми они должны пользоваться. Кроме того, административные правонарушения и земельные конфликты по политическим соображениям рассматривались в специальных судах, где не было, как в обычных судах, громоздкой процедуры получения доказательств, главным образом свидетельских. Таким образом, хотя теоретически считалось, что мусульманское право регулирует целиком и полностью жизнь человека, его практическая значимость была, по существу, ограничена сферой частного права.

Непреложность догматов исламской веры и фактическая неподвижность мусульманской юридической науки побудили суды прибегать к многочисленным уловкам. Например, Коран не допускал ссуды под проценты, запрещая ростовщичество. Чтобы обойти этот запрет, изобрели систему «двойной продажи»: заемщик «продавал» тот или иной предмет кредитору и тот сразу же «перепродавал» его заемщику по цене, завышенной на оговоренный ссудный процент и выплачиваемой только по истечении срока ссуды. Такие «правовые уловки» (хиял) позволяли мусульманским судам не нарушать установившиеся обычаи и вместе с тем придерживаться установлений шариата.

Да начала XIX в. социально-экономическое положение народов мусульманского мира изменялось очень медленно и шариат, несмотря на неизменность его положений, вполне отвечал их потребностям. Однако с упадком Османской империи на Ближнем Востоке усилилось политическое влияние западноевропейских государств. Мусульманские лидеры после контакта с внешним миром осознали, что для того, чтобы выдержать политическую и экономическую конкуренцию с европейскими государствами, необходима модернизация государственной и правовой систем.

Естественно, все предложения о реформе в мусульманском государстве и праве противоречили традиционной исламской доктрине, согласно которой божественные предписания непреложны и не должны укладываться в законодательные рамки. Тем не менее, процесс законодательных реформ начался, и в сферу отношений, которые раньше регламентировало лишь мусульманское право, вторглись нормативные источники европейского происхождения. Этот процесс, начавшийся в середине XIX в., затронул, прежде всего, сферы, в которых конфликт с традиционным мусульманским правом был не слишком острым: торговое право и процесс, морское право. Однако власти Османской империи пошли еще дальше. Была принята Маджалла (Ма-jalla 1869–1876 гг.) – закон из 1851 статьи. Это была попытка создать Свод мусульманско-правовых норм в области права собственности и обязательственного права на основе выводов ханифитской школы. Семейное и наследственное право не было кодифицировано.

Необходимость такого шага обусловливалась тем, что светские суды, только что получившие полномочия на рассмотрение споров, касающихся собственности и обязательств, едва ли могли опираться на средневековые своды законов. Новшество же состояло в том, что впервые правила шариата облекались в форму параграфов в европейском стиле и вводились в действие с санкции государства.

Маджалла применялась в Турции до середины 20-х годов, а в ряде арабских стран – до середины XX в. В настоящее время она почти нигде не действует, но продолжает считаться одним из авторитетнейших источников мусульманского права.

В регионах, непосредственно контролируемых колониальными властями, развитие мусульманского права шло иным путем. Там по-прежнему считалось, что споры между мусульманами должны разрешаться на основе норм мусульманского права. Однако в Британской Индии, например, решение выносили судьи, являвшиеся по рождению или образованию британцами, а последней инстанцией в спорах были судьи Тайного совета в Лондоне. Таким образом, со временем мусульманское право так много заимствовало из общего права, что даже появилась возможность говорить об «англо-магометанском праве». Это обусловливалось тем, что всякий раз, когда судьи считали правила шариата неполными, туманными, устаревшими или не соответствующими «справедливости, равенству и чистой совести», они обращались к более знакомым принципам и концепциям английского общего права.

Во Французском Алжире религиозные суды сохранили полномочия расследовать дела из сферы семейного и наследственного права, но даже там под влиянием апелляционных судов, укомплектованных французскими судьями, чистое мусульманское право маликитской школы постепенно превратилось в право алжирских мусульман. Примерно такое же положение сложилось в Марокко и Тунисе.

В 1876 г. в Египте начал действовать Гражданский кодекс, составленный по романскому, в частности французскому, образцу. В тот же период Египет перенял в общих чертах Французский торговый кодекс. Так появилась отрасль торгового права, ранее неизвестная в мусульманском праве. Первоначально этими кодексами руководствовались только так называемые смешанные суды, в которых разбирались иски между египтянами и подданными других стран. В 1883 г. после незначительной редакции эти кодексы, почти идентичные первоначальным вариантам, стали использоваться для разрешения споров между египтянами. И в других государствах, за исключением Иордании, Кувейта и некоторых других стран Аравийского полуострова, были приняты гражданские кодексы романо-германского образца.

Эти кодексы, если не считать нескольких включений и фрагментарных правовых понятий, имели мало общего с нормами права собственности и обязательственного права, которые отстаивает ханифитская школа мусульманского права. Однако кодексы не затрагивали вопросы ни семейного права, ни личного статуса в широком смысле.

Позднее, в XX в., реформы коснулись семейного и наследственного права. В 1917 г. при одном из последних султанов был принят Османский закон о семейном праве. Египет и Судан, бывшие тогда совместным англо-египетским доминионом, последовали этому примеру, издав в 20-х и 30-х годах схожие законы. После Второй мировой войны законы, регулирующие наследование и семейные отношения, были приняты или предложены почти во всех арабских государствах. Иордания приняла такой закон в 1976 г., Сирия – в 1953 г., Тунис – в 1956 г., Марокко – в 1958 г. и Ирак – в J959 г.

Эти законы предусматривают несколько новшеств: во-первых, дают женам определенные права на развод; во-вторых, ограничивают возможности родителей и опекунов по устройству несовершеннолетних; в-третьих, ограничивают полигамию, определяют условия развода мужа с женой в одностороннем порядке. Ни в одной из указанных стран не посчитали, что эти реформы требуют отказа от шариата как основы семейного права и замены его чем-то совершенно новым. Только Турция сочла необходимым пойти на следующий решительный шаг: Швейцарский гражданский кодекс, заимствованный ею в 1926 г., привел к резкому разрыву с традиционными мусульманскими представлениями в семейном и наследственном праве и с большим трудом воспринимался населением; он был затем довольно существенно подправлен законодателем и судебной практикой.

Чтобы оправдать законодательные новшества в глазах правоверных-мусульман, пришлось доказывать, что новые источники права гармонируют с принципами шариата. Постепенно был найден выход, который сводился к тому, что изменялись процессуальные нормы (это входило в компетенцию законодателя) при сохранении старых материальных норм. Так, в Египте не запрещен брак несовершеннолетних, разрешаемый Кораном, но в соответствии с новым процессуальным законом суды могли выносить решение по семейным делам лишь в случае, если брак был зарегистрирован, а брак регистрировался только по достижении сторонами определенного возраста.

Еще большее практическое значением имел другой принцип: если точки зрения мусульманских правовых школ расходились, то законодатель, исходя из формального права, был полномочен предписывать судьям, какую точку зрения принимать. Благодаря этому даже в Маджалле законодатель далеко не всегда выбирал точку зрения, преобладающую среди сторонников ханифитской школы, и иногда отдавал предпочтение точке зрения меньшинства. Османский закон о семейном праве 1917 г. пошел в этом отношении еще дальше, так как он иногда принимал точку зрения, преобладающую в других правовых школах. Постепенно для обоснования законодательного акта стало достаточным ссылаться на соответствующее мнение того или иного ученого юриста-факиха, известного в истории мусульманского права. Порой даже для одного предписания основную предпосылку брали у одного автора, второстепенную – у другого, а заключение – у третьего.

Вторжение источников права европейского типа оказалось в немалой мере необратимым процессом, затронувшим все исламские страны, где ранее господствовало мусульманское право во всем своеобразии его источников. Правовые системы этих стран претерпели существенные изменения в том плане, что значение, сфера действия и удельный вес мусульманского права уменьшились, а само это право, по своей внешней форме во всяком случае, также восприняло кое-что от европейских кодификаций. Однако обе эти тенденции не следует преувеличивать, особенно в свете той волны активизации ислама, которая в последней четверти двадцатого столетия харакгеризует политическую жизнь многих мусульманских государств. Эта активизация сопровождалась и требованиями отказа от западных правовых моделей, полного восстановления всех норм и принципов мусульманского права.

В трудах мусульманских ученых-юристов отсутствует классическое римское деление на публичное и частное право. Глава следует за главой без всякого логического разграничения вопросов, которые следовало бы отнести или к частному, или к уголовному праву. К основным отраслям мусульманского права относятся уголовное право, судебное право и семейное право.

Мусульманское уголовное право основано, прежде всего, на различии между твердо установленными (худуд) и дискреционными (тазир) наказаниями. К установленным – весьма жестким – мерам наказания приговаривают только за шесть преступлений. Это убийство, прелюбодеяние, ложное обвинение в прелюбодеянии, воровство, употребление спиртных напитков, вооруженное ограбление и бунт. Кроме наказания за перечисленные преступления кади (судья) мог по своему усмотрению наказывать за любое другое нарушение закона. Ему, следовательно, предоставлялась большая свобода усмотрения, и ряд мусульманско-правовых норм были созданы именно таким путем.

Стремясь избежать множественности подходов, османские халифы обнародовали еще в XV–XVI вв. законы под названием «канун-нама», имевшие форму уголовно-правовых предписаний (танзимат). В 1840 г. в Османской империи был принят Уголовный кодекс, составленный под влиянием Французского уголовного кодекса 1810 г. В дальнейшем большая часть мусульманских стран последовала этому примеру. К середине XX в. сложилось представление, что, за исключением стран Аравийского полуострова, классическое мусульманское уголовное право нигде в полном объеме не действует.

Однако развитие оказалось зигзагообразным. Одновременно с активизацией Ислама прошел процесс исламизации мусульманского права. Принятая в 1979 г. и обновленная в 1989 г. Конституция Исламской Республики Иран провозгласила, что все законодательство, в том числе уголовное, должно соответствовать шариату, а суды в борьбе с преступностью обязаны применять установленные им меры наказания. Так, ст. 2 Конституции Ирана гласит: Исламская Республика – это система правления, основанная на вере в:

1. единого Бога, в то, что он устанавливает законы шариата и что человек должен покоряться его воле;
2. божественные откровения и их основополагающую роль в толковании законов;
3. Страшный Суд и его конструктивную роль в человеческом совершенствовании на пути к Богу.

Статья 57 устанавливает, что управление осуществляется законодательной, исполнительной и судебной властями под контролем имама.

В апреле 1981 г. вступил в силу так называемый закон о кийясе, 199 статей которого повторяют положения традиционного мусульманского уголовного права (широкое применение смертной казни, наказание плетьми, побитие камнями, наказание по принципу Талиона). Процесс исламизации уголовного права затронул и другие страны (Пакистан, Судан, Мавританию). Наиболее активно применяются уголовные нормы шариата в странах Аравийского полуострова.

Мусульманское судоустройство отличалось простотой. Единоличный судья рассматривал дела всех категорий. Иерархии судов не существовало.

В настоящее время некоторые мусульманские страны (например, Египет) полностью отказались от мусульманских судов. Однако в большинстве арабских стран они продолжают играть немалую роль в механизме социального действия права. Кое-где (например, в Судане) система мусульманских судов приняла даже многоступенчатый характер (несколько инстанций), в некоторых странах имеются параллельные системы мусульманских судов, соответствующих разным толкам, как, например, суннитские и джафсраратские суды в Ираке и Ливане.

В одних государствах мусульманские суды в своей компетенции ориентированы на рассмотрение преимущественно дел личного статуса, в других (страны Аравийского полуострова и Персидского залива) компетенция их шире и включает рассмотрение гражданских и уголовных дел. Как правило, к судьям предъявляются высокие квалификационные требования в плане их религиозно-правовой подготовки.

Анализ семейного законодательства арабских стран позволяет сделать вывод, что в целом оно ориентируется на закрепление норм и принципов мусульманского права. Выше говорилось о некоторых реформах семейного и наследственного права в направлении вестернизации. Но здесь развитие сложно и противоречиво, вновь сказались тенденции исламизации. Это относится не только к семейному праву, но и ко всему комплексу вопросов, касающихся личного статуса. Кодексы законов о личном статусе, принятые в ряде стран (Иордания – 1976 г., Сирия – 1953 г., Тунис – 1956 г., Марокко – 1957 г., Ирак – 1959 г.), сохраняют основные установки мусульманского права, но с учетом ряда требований современного общества.

Известный российский специалист по мусульманскому праву Л.Р. Сюкияйнен очень точно указывает на характерные черты шариата. По его мнению, главная особенность мусульманского права, раскрывающая его природу и отличающая его от других правовых систем, заключается во взаимодействии в нем сакрального и светского, религиозного и собственного юридического начал, что проявляется в специфике его происхождения и исторической эволюции, источников и структуры, механизма действия и правопонимания мусульманских юристов, соотношения этого права с государством и позитивным (светским) законодательством.

Другая отличительная черта мусульманского права – его исключительное разнообразие, широкая гамма религиозных и национальных форм, тесное взаимодействие с местными традициями и обычаями (нередко доисламскими и несовпадающими со строгими положениями шариата), сочетание в нем как детализированных индивидуальных решений с общими принципами, так и стабильности и постоянства с гибкостью и способностью изменяться во времени.

Влияние общемировых тенденций правового развития проявляется и в мусульманском мире. Естественно, эти проявления, равно как и мера традиционно-мусульманских принципов и норм, неодинаковы в различных исламских странах.

В современном мире мусульманское право сосуществует и тесно взаимодействует с другими правовыми семьями. Мусульманское право, неоднократно испытавшее зарубежное юридическое влияние, остается самостоятельной правовой семьей, оказывающей воздействие на миллионные массы людей.

**2. Индусское право**

В настоящее время индусское право распространяется приблизительно на миллиард индусов. Подавляющее большинство их проживают в Республике Индия. Большая часть остальных индусов представлена национальными меньшинствами в Пакистане, Бирме, Сингапуре и Малайзии, а также в странах на Восточном побережье Африки – преимущественно в Танзании, Уганде и Кении. Отсюда видно, что индусское право применяется независимо от национальной принадлежности или местожительства ко всем индусам, т.е. к тем, кто принимает сложную и весьма оригинальную совокупность религиозных, философских и социальных взглядов, кратко именуемую индуизмом. Можно считать, что индусское право распространяется на всех выходцев из Индии, исключая приверженцев ислама, христианства, иудаизма и парсизма.

Классическое индусское право отличается глубочайшими религиозно-нравственными истоками. Индуизм признает первенствующую роль заповедей и нравоучений для разных каст – слоев 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, вследствие чего правовые нормы, судебные споры и прецеденты долгое время не играли заметной роли.

В отличие от других религий индуизм не требует от своих последователей верности одному-единственному вероучению. Индусу не возбраняется верить в того или иного Бога, в несколько богов одновременно или быть атеистом. Хотя индуизму недостает четко сформулированной теологической доктрины, он все же выдвигает определенные основные убеждения религиозно-философского порядка, так или иначе разделяемые большинством индусов. В процессе исторической эволюции из этих убеждений выделилось несколько вероучений, таких, как буддизм, джайнизм и сикхизм. Их можно считать либо самостоятельными религиями, либо сектами в индуизме. Однако по современному законодательству Индии положения индусского права распространяются па буддистов, сикхов и приверженцев других верований.

Основу индуизма составляют учения о перевоплощении души и о карме. Согласно этим учениям, все хорошие и плохие поступки человека, совершаемые им на земле, образуют зародыш его следующего существования, которое определяется моральным качеством истекшей жизни. Если человек испытывает лишения в нынешней жизни и занимает низкое положение в обществе, то он тем самым искупает грехи, совершенные его душой в прежних воплощениях. Если же человек занят благими помыслами и его поведение отличается поразительными добродетелями и благочестием, то он может питать надежду, что родится заново в более благоприятных обстоятельствах, возможно, как член высшей касты. Он может также надеяться, что его душа освободится из вечной круговерти жизни и смерти и станет частью божественной природы в виде высшего духовного бытия. Это учение является основой, вернее, оправданием кастовой структуры индусского общества, которая присуща индуизму, будучи его религиозной, философской и социальной системой.

Каста – группа людей, объединенных специфическими занятиями или профессиями. Они подчиняются своду правил, регулирующих их поведение в общении между собой и, что еще важнее, по отношению к членам других каст. Существует несколько тысяч каст и подкаст. Традиционно выделяются четыре большие группы: брахманы (первоначально священнослужители), кшатрии (воины), вайшья (торговцы) и шудра (слуги и ремесленники).

Переход из одной касты в другую невозможен, несмотря на служебные успехи, богатство и политическую власть. Касты образуют иерархию, подкрепляемую идеей о том, что каждая из них обладает своей «чистотой», которая не должна быть запятнана контактом с некоторыми предметами, общением с членами низших каст.

Нарушение этих правил на протяжении длительного времени влекло за собой правовые последствия, признаваемые в судах. Так, индийские суды пользовались сложной системой правил, определяющих, когда смешанный брак между членами разных каст признавался действительным и каково правовое положение детей, родившихся от таких браков. Такая практика сохранялась до принятия в ] 949 г. закона о действительности индусских браков, который гласит, что «брак между индусами не будет признаваться недействительным в будущем или в прошлом только на том основании, что стороны исповедовали разные религии или принадлежали к разным кастам, подкастам или сектам».

На основе положений индийской Конституции 1950 г. к настоящему времени отменены все правила, регулировавшие привлечение к ответственности за нарушение понятий о кастовой принадлежности. Но многие индусы, особенно в сельской местности, и сегодня придерживаются традиционных правил поведения. До сих пор крайне редко заключаются браки между членами разных каст, особенно если женщина принадлежит к высшей касте. Нечасто и вдовы вторично выходят замуж (по крайней мере, такая закономерность наблюдается в высших кастах), хотя в 1956 г. было отменено старое правило индусского права, по которому такой брак признавался недействительным, а дети от него – незаконнорожденными.

В целом сегодня в стране, имеющей современную политико-правовую структуру, кастовая система переживает глубокие перемены.

Главная особенность классического индусского права – тесное сплетение с религией. Индусское право не имеет относительной самостоятельности и является по сути своей неотъемлемой частью индуизма – своеобразнейшего феномена, в общем представлении – некой синкретичной, традиционной системы, в содержание которой (помимо права) входят различные религиозные верования и обряды, моральные, философские и другие идеологические ценности, предполагающие определенный образ жизни, определенный общественный порядок, социальную организацию и структуру.

Классическая индусская система прада – одна из древнейших в мире. Веды – сборники индийских религиозных песен, молитв, гимнов и присловий, созданные на разных отрезках II тысячелетия до н.э. и раньше, – содержат древнейшие тексты, отдельные строки которых можно истолковать как правила поведения. Но хотя индусы считают веды божественным откровением и источником религии и права, их практическое влияние на духовную жизнь индусского населения было весьма незначительным.

Древнейшие произведения индусской литературы, часть которых можно охарактеризовать как юридические справочники, называются «смрити», что в переводе с санскрита означает «дарованная» мудрость старых жрецов и ученых. Их возраст установить чрезвычайно трудно, так как строгий хронологический порядок исторических событий не соответствует индусскому верованию, согласно которому мировой процесс не имеет ни начала, ни конца. Поэтому приходится полагаться на предположения, что смрити созданы в интервале между 800 и 300 гг. до н.э. Древнейшая из них состоит из кратких изречений о магических и религиозных обрядах, которые должны сопровождать важнейшие события человеческой жизни. Резкое отличие смрити друг от друга объясняется тем, что вопреки ортодоксальной точке зрения они были записаны в разное время разными авторами, пытавшимися учесть более поздние обычаи.

Затем появились дхармасутры – первые книги по вопросам права, детально разъясняющие, как члены различных каст должны вести себя по отношению к богам, царю, жрецам, своим предкам, родственникам, соседям и животным. Однако эти правила – на сан-, скрите дхарма – не делают четкого различия между требованиями религии, морали и права.

Дальнейшее развитие классического индусского права связано с дхармашастрами – обширными сводами правил дхарма, которые приписывают известным ученым. Дхармашастры, пишет О.А. Жидков, представляли собой своеобразную ступень в развитии формы права, когда неписаные правовые обычаи сменяются не государственными установлениями (законами), а сборниками религиозно-правовых предписаний, санкционированных государственной властью. Из этих творений особенно хорошо известны дхармашастры Ману – дошедший до нас из II в. до н.э. сборник правил, приписываемых царю Ману. В дхармашастрах впервые можно найти относительно упорядоченную сумму правил, которые можнр назвать юридическими.

Дхармашастры обычно называют кодексами или законами, употребляя при этом эпитет «священные», «брахманские». Такое название, однако, не совсем удачно. Слово «дхарма» далеко не соответствует слову «закон». Дхарма – сложное, не имеющее никаких аналогий в европейских языках понятие. В самом широком смысле оно означает всеобщий порядок в мире, пронизывающий и организующий всю живую и неживую материю. В более же узком и распространенном значении дхарма – это долг, обязанности, правила поведения, одним словом, образ жизни идеально благочестивого и добродетельного индуса, причем образ жизни во всех деталях. Понятие «дхарма» охватывает своим значением одновременно и правовые, и религиозные, и моральные феномены.

Таким образом, дхармашастры – это произведения довольно разнопланового характера, прежде всего, религиозно-моральные трактаты и правовые наставления, учебники, но вместе с тем и сборники, имеющие практическое значение, включающие нормы действующего обычного права. Дхармашастры свидетельствуют о довольно высоком уровне развития правовой культуры в индийском обществе еще в древности. Это ставит под сомнение вывод французского компаративиста Р. Давида, согласно которому индусское право к моменту появления английских колонизаторов не получило достаточного развития. Ярким показателем сравнительно высокой степени развития классического индусского права еще в древний период служит наличие в дхармашастрах вполне зрелых по содержанию логических правовых определений.

Если в Древнем Риме появление достаточно зрелых правовых конструкций, т.е. развитие права, сопровождалось освобождением его от религиозных форм, то в древней Индии формирование правовых институтов и норм, как и в мусульманском праве, совершалось в религиозной оболочке. Для эволюции индусского права характерным был не процесс секуляризации, а, как пишет Н.А. Крашенинникова, изменение характера связи с религиозными формами, перемена в соотношении правовых и религиозных форм. Связующим звеном между правовым и религиозным выступает государственная власть.

Как и в мусульманском мире, в XI–XII вв. постепенно сформировались основные школы индусского права, отличающиеся различным подходом к решению трех важных вопросов: права наследования, правового режима имущества отдельных членов нераздельной семьи и раздела семейного имущества.

В индусском праве существуют две главные школы: Митакшара и Дайябхата. Эти школы вместе с их подшколами и разветвлениями господствуют, подобно мусульманским правовым мазхабам, каждая в определенных географических районах, хотя личный статус индивидов следует за ними и не зависит от того, где они проживают. Школа Дайябхата преобладает в Бенгалии и Ассаме, школа Митакшара – в других штатах Индии и Пакистане.

Индусское право всегда признавало, что обычаи, которых издавна придерживаются в определенном регионе, касте, клане или семье, должны рассматриваться как источник права.

В период, предшествовавший британской колонизации, классическое индусское право не основывалось ни на формальных нормативах, устанавливаемых светскими правителями, ни на судебных решениях. По существу, оно опиралось на труды ученых, на смрити, комментарии и их сборники. Все эти труды, по сути, являли собой описание обычного права. Жрецы-юристы Индии, несомненно, играли важную роль в определении обычаев, заслуживающих правового признания.

Классическое индусское право претерпело существенные изменения в период английской колониальной экспансии.

Англичане появились в Индии тогда, когда там уже была создана своя самобытная правовая культура. Как и во многих других случаях, созданные английские суды не отвергали тех норм, которыми руководствовались жители Индии. Слиянию индусского, мусульманского и английского общего права способствовало то, что в Индии не существовало отдельной системы религиозных судов. Все споры решались судами общего права.

В области права собственности и обязательственного права традиционные нормы очень скоро заменили нормы английского общего права. Иначе обстояло дело в области семейного наследственногс права, где все тяжбы, касающиеся наследования, брака, касты и других обычаев или институтов, решались в соответствии с нормами индусского права. Британским судьям было нелегко применять нормы, которых вначале они вообще не знали. Поэтому к судам прикрепила пандитов – образованных индусов, у которых судьи могли получив информацию по тому или иному вопросу. От такой практики отошли в 1864 г. К тому времени судьи приобрели опыт, увеличилось числе книг по вопросам права и, что самое главное, накопились судебные прецеденты. Однако правило прецедента, свойственное английскому общему праву, далеко от традиций индусского права, которое вовсе не считает судебное решение обязательным. В Индии прецедентное право вступило в сложное взаимодействие с нормами индусского и мусульманского права.

Не останавливаясь детально на тех изменениях в индусском праве, которые произошли в годы колониального правления англичан, укажем лишь в общей форме, что многие его институты и нормы подверглись модификациям и даже были заменены новыми решениями. Сложилось нечто вроде англо-индусского права.

Несмотря на влияние английского права, полного вытеснения индусского права не произошло и отдельные его традиционные нормы и институты продолжали действовать. Это прежде всего относится к регламентации личного статуса, охватывающей следующие области отношений: брачные и внебрачные дети; несовершеннолетние и опекунство; браки развод; разделы семейного имущества; наследование; религиозные пожертвования; дамбупат; бенами; неделимое имущество. Дамбупат – чисто индусская правовая норма (в древности была известна под названием «двайгуны»), направленная на защиту должников. Под бенами понимаются сделки, в которых одно лицо покупает или передает имущество от имени другого лица (бенамидара), являющегося лишь доверенным лицом владельца и получающего доход или выгоду от результатов такой деятельности.

Сформировавшись еще в древности и пройдя длительный двух-тысячелетний и сложный путь стоического развития, индусское право сохранило свое регулирующее значение (пусть в ограниченных пределах) вплоть до настоящего времени и выступает ныне одним из важнейших компонентов правовой системы индийского общества. Основная причина «живучести» индусского права таится в тесной связи его норм с традиционными индусскими социальными институтами (в первую очередь с общинной и варно-кастовой структурами), чрезвычайно устойчивыми, способными к адаптации в самых различных социально-экономических и политических условиях.

В ходе борьбы за национальную независимость обсуждался план полной кодификации индусского права, и вскоре после провозглашения государственной независимости в 1947 г. правительство Индии представило на рассмотрение парламента проект Индусского кодекса, который должен был охватить семейное и наследственное право. Однако в результате сопротивления консервативных сил проект был снят с повестки дня и правительство пошло по пути подготовки отдельных законопроектов. Такая тактика удалась. Первым в 1955 г. вступил в силу закон о браке, унифицировавший брачное право индусов и приспособивший его к современному мировоззрению.

По традиционному учению дхармашастры, брак – таинство, означающее начало нерушимого союза супругов. Поэтому ортодоксальные индуисты смотрели на развод как на нечто недопустимое, хотя во многих областях Индии и среди низших каст он разрешался обычаем. Расторжение брака в принципе воспрещалось, но в определенных условиях муж мог взять вторую жену, если, например, первая не выполняла супружеских обязанностей. Однако полигамия никогда не была широко распространена среди индусов. Брак обычно заключался по указанию родителей будущих супругов. Такое положение во многом сохранилось и по сегодняшний день. По правилам дхармашастры, для вступления в брак не требовалось ни согласия будущих супругов, ни достижения определенного минимального возраста. Вместе с тем индусское право создало удивительно много препятствий к браку: запрещались браки между членами разных каст, даже между очень дальними родственниками. Эти правила соблюдаются и сегодня, особенно в сельских районах Индии. В этом отношении закон о браке по степени родства, отменивший запрет на брак между членами разных каст, возможно, несколько опередил социальную действительность.

В 1956 г. вступили в действие еще три закона: закон о несовершеннолетних и опекунстве, закон о наследовании, закон об усыновлении и о выплате средств на содержание членов семьи.

Таким образом, к настоящему времени проделана большая работа по кодификации индусского права, судьи руководствуются, прежде всего, новыми законами и прецедентами.

В последующем произошли дальнейшие преобразования индусских правовых институтов, в результате чего резко сократилась сфера действия обычаев. Было разрешено усыновление сирот. Усыновленный ребенок был полностью уравнен в наследственных правах с законнорожденным. Была запрещена полигамия, узаконен развод по суду, реформировано наследственное право в сторону расширения наследственных прав женщины, в результате чего уменьшились юридические различия между правами мужчин и женщин.

Юридические справочники по индусскому праву, как правило, освещают кастовый вопрос, поскольку он не относится к личному праву. В стране принято говорить о кастовых институтах и кастовой автономии. Они сохраняются ст. 26 Конституции: «Всякое религиозное течение или секта, если они не нарушают общественный порядок мораль и здравоохранение, имеют право: а) основывать и содержать заведения в религиозных или благотворительных целях; б) осуществлять руководство в вопросах религии...»

Итак, каста может накладывать наказание на своих членов, нарушивших религиозные предписания. Если разногласие носит религиозный характер, нарушители могут быть отлучены за отказ подчиниться. Следовательно, касты могут поддерживать внутреннюю дисциплину в вопросах поклонения, питания, брака и в других вопросах веры. Суд не полномочен пересматривать кастовые правила, он лишь следит за их соблюдением и правильным применением. Суд может аннулировать решение касты, если оно содержит вызов национальному правосудию.

Итак, под современным индусским правом понимают личное право индусов, видоизмененное законами и обычаем, еще действующим, например, в Бирме, Малайзии, Сингапуре. Индусское право применяется непосредственно и косвенно в указанных выше странах и в Восточной Африке, где оно также видоизменено законодательством (Кения, Уганда).

Современное индусское право непосредственно используется при рассмотрении следующих вопросов:

1. семейное право – законность детей, опекунство, 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 чисто общественного характера – дамбупат, преимущественное право на покупку, клятвы, операции с беиами и (в незначительной степени) передача имущества посредством завещания или другого документа;
4. кастовое право и отлучение.

Индусские идеи сохранились также в концепции государственного землевладения.

Следующей после обычного права ступенью исторической эво­люции источников права было и остается традиционное право - индусское, мусульманское, конфуцианское. Исторически обычное право и традиционное право нередко сосуществовали. Так, совре­менное право Индии подразделяется по источникам на несколько групп, связанных с наличием четырех религиозных общин - ин­дусов, мусульман, парсов и христиан. Каждая из этих групп имеет свои источники права и инсти­туты, относящиеся к таким важным областям их религиозного и этнического быта, как браки, разводы и наследование иму­щества.

Следующей ступенью и формой возникновения и фиксации правовых требований является религиозно-догматическое пра­во, которое в сочетании с государственным законодательством доколониального и колониального периодов образует парти­кулярную систему, называемую традиционным правом. Эта система права продолжает существовать и в современном афро-азиатском обществе благодаря механизму традиции и преемственности в восприятии и использовании требований правового характера. Традиционное право может входить в качестве составной части или фрагмента в современную от­раслевую кодификацию. Чаще всего эта кодификация охваты­вает отрасли семейного и наследственного права, другие ин­ституты гражданского права, реже институты карательного права, которое предстает в этом наборе наиболее податливой сферой законодательных новаций и систематизации. Так, воп­росы брака и развода стали предметом регулирования в За­коне о браке индусов 1955 г. Право христиан было урегулиро­вано в Законе о браке индийцев-христиан 1872 г. и Законе о расторжении брака 1869 г., аналогичное право парсов - в Законе о браке и разводе парсов 1936 г. Однако семейное право мусульман не стало кодифицированным и содержится в тра­диционных источниках мусульманского права и судебных пре­цедентах.

В заключение отметим, что население исследуемых стран, состоящее из представителей множества религий и культур, а также последствия национальной политики колониальных властей в отношении отдельных религиозно-этнических групп создают известные трудности в воплощении правовых норм в социально-политической действительности, порождают правовые особенности формирования современной религиозной правовой семьи.

**Тема 2.4. Дальневосточная правовая семья**

**1. Дальневосточная правовая семья: общая характеристика**

К отличительным критериям, на основе которых можно определить, к какой правовой семье следует отнести ту или иную правовую систему, принадлежит также восприятие права как исключительно важного социального инструмента регулирования общественных отношений. В этом отношении страны Дальнего Востока принципиально отличаются от других правовых семей.

В регион, который называют Дальним Востоком, входит много стран, и в каждой из них развивалась своя цивилизация. Эти цивилизации испытывали взаимное влияние, но за всю историю развита) из-за недостатка контактов оно не переросло в культурное единство подобное тому, которое возникло в Западной Европе. Китайская и индийская цивилизации оказали особенно существенное влияние на другие дальневосточные цивилизации. Поэтому описание китайского и японского права позволит выявить некоторые важные и характерные элементы общей дальневосточной концепции права.

Правовую систему относят к той или иной семье правовых систем по ее отличительным чертам. Одной из этих черт может быть значение, которое данная система придает праву как средству упорядочения общественной жизни. В этом отношении правовые системы стран Дальнего Востока коренным образом отличаются от рассмотренных выше правовых семей и групп.

Все западные правовые системы независимо от того, относятся ли они к семье романо-германского или общего права, едины в том, что важнейшие вопросы социальной жизни должны регулироваться преимущественно нормами объективного права, а не моральными нормами, обычаями и традициями. Закон и судебное решение обычно определяют условия, при которых все лица должны иметь определенные права, такие, как право исполнять договор, получать компенсацию убытков или развод, выплачивать алименты. Если права какого-то лица нарушены или ставятся под сомнение другими, то это лицо не только имеет право защищать и отстаивать их, но просто обязано поступать так. С этой целью используется такой механизм, как судебное разбирательство, в ходе которого судья рассматривает конкретное дело. Руководствуясь нормами закона, он выносит окончательное обязательное решение.

Достаточно беглого взгляда на правовые системы стран Дальнего Востока, чтобы убедиться в том, что этот метод – далеко не единственно возможный: в некоторых обществах юридические споры разрешаются способами, отличающимися от рассмотрения дел в суде. Подобная традиция продолжает существовать и в Китае, пользуется значительным влиянием в Корее и Индокитае, имеет огромное значение для китайцев, населяющих Гонконг, Индонезию и Малайзию, сказывается и на японском праве. Хотя Япония благодаря своему островному положению никогда не была под властью Китая, китайская культура с VI–VII вв. оказывала значительное влияние на Японию и тем самым на ее право.

Многовековая история Китая породила многочисленные философские идеи. Из них только три – даосизм, конфуцианство и легизм оказали решающее влияние на китайское правопонимание, составившее затем основу дальневосточного права.

По учению даосизма, во Вселенной господствует принцип дао (путь). Существует нечто, состоящее из самого себя. Оно родилось прежде небес и земли. Оно спокойно и пусто, независимо и неизменно. Оно – матерь света, но я не ведаю имени его. Поэтому я называю его дао и за неимением лучшего слова обозначаю как «великий». Если человек следует этим великим путем, не побуждаемый волевым усилием, то все в порядке. Даосизм проповедует недеяние.

Конфуцианство отрицает принцип недеяния и диаметрально противоположно даосизму. Конфуцианцы гораздо активнее. Согласно их учению, мир человека резко отличается от мира природы, где господствует вечная иерархия, по образу которой должен строиться мир человека. Природные законы, управляющие этим физическим миром, конфуцианцы называют дао (божественный путь) или тиан дао. Они не управляют непосредственно миром человека. Поэтому необходимо разрабатывать правила – обычаи (ли), имитирукЗщие природные законы. Оба мира существуют параллельно, но никогда не отождествляются друг с другом, хотя и взаимодействуют. Природный мир – идеал, к которому должен стремиться мир человека, хотя он никогда и не сможет добиться полного соответствия. У даосистов дао содержит в себе воодушевление и таинство, несущие жизнь всей Вселенной, а для конфуцианцев это всего лишь основной безличный принцип. Конфуцианцы – рационалисты и прагматики.

Таким образом, согласно дальневосточной традиции, общественные отношения являются частью естественного порядка. Это мнение, которое можно найти в учении конфуцианства, помогает понять, почему на Дальнем Востоке так мало значения придают праву и разрешению споров в судах.

Китайское слово «фа» приблизительно соответствует европейскому понятию «право», но в древности чаще употреблялось слово «ксин» в том же значении, что и «фа». В современном языке эти два слова имеют разное значение: «фа» употребляется в более широком смысле, чем «ксин», которое теперь имеет узкий смысл и переводится как «наказание». Относительная синонимичность слов «ксин» и «фа» весьма примечательна. Она показывает, что китайцы под уголовным правом понимают все права. Китайцам долгое время было незнакомо такое понятие, как субъективное право: китайское слово «цюаньли» (субъективное право) иностранного происхождения, заимствованное в новое время у Японии. По их представлениям, социальный покой не достигается путем приведения в гармонию субъективных прав каждого члена общества. Они считают, что общество не строится на усилиях индивидов, каждый из которых защищает свои собственные интересы; оно существует изначально без вмешательства слагающих его индивидов, и оно всегда находится в покое, если один из них не нарушает его. Благодаря дао члены общества гармонично сосуществуют, так же как гармонично функционируют члены здорового человеческого тела.

Таким образом, конфликт между членами общества свидетельствует о том, что тело одолевает болезнь. Болезнь следует излечить, чтобы вернуть здоровье, т.е. социальный покой; сам по себе конфликт является злом, которое необходимо устранить. Отсюда и вытекает значение уголовного права – наиболее эффективного средства в этом отношении.

Очевидно, что в рамках такой схемы субъективное право совершенно нежелательно как источник столкновения интересов. Конфуций утверждал: «Когда я выношу решение по спорному вопросу, я не могу вести себя, как всякий другой. Я предпочитаю предотвращать спорные вопросы».

Даже для легистов «фа» означает только наказание и награду. Идея субъективного права в равной степени неизвестна и этим сторонникам позитивного права, горячо выступающим за равенство индивидов перед законом. Такая позиция в общем характерна для азиатского мышления. Несколько чрезмерное значение, которое легисты придают наказанию и награде, направлено на обеспечение хорошего правления. Естественно, что конфуцианцы, предпочитающие традиции праву, создали учение, согласно которому наказание приводит к его отмене.

Как уже отмечалось, первоначальное слово «ксин» было синонимично слову «фа». «Ксин» имеет чаще один синоним – «лю». Это слово как юридический термин обозначает уголовное право, а в более широком смысле оно переводится как «право». В музыке же слово «право» означает гамму, т.е. гармонию, причем это значение с точки зрения этимологии появилось раньше. Поэтому не исключено, что китайцы в глубине своего подсознания полагают, что право придает порядок и гармонию социальным отношениям. Конфуцианцы не без оснований относят музыку наряду с традициями к наиболее важным сторонам бытия, которые необходимо изучить, для того чтобы быть добродетельными. Многие удивляются тому, что они не испытывали глубокого уважения к праву. Возможно, уголовное право в Китае всегда было слишком суровым, чтобы наводить на изысканные размышления о музыкальной гармонии.

Общее представление о мире, на котором основаны все многообразные частные понятия китайцев, побуждает их презирать право. В их представлении мирная жизнь в обществе гарантируется не правом, а этикой. Неразумно ждать появления социального зла, даже если право и может его устранить; каждый должен вести себя так, чтобы не нарушать естественный порядок. В понимании конфуцианцев традиции предназначены для недопущения такого зла. Именно они имеют первостепенное значение, тогда как прибегать к Помощи права нужно как можно реже.

Конфуций утверждал: «Если люди управляются по правовым нормам и дисциплинируются наказанием, то они будут беззастенчиво искать пути, чтобы обойти и то, и другое. Если же они будут управляться добродетелью и дисциплинироваться традициями, то они познают стыд и будут вести себя по справедливости». По разным причинам как легисты, так и даосисты выступают против использования традиций для сохранения общественного порядка. Даосисты против права и традиций. Легисты отстаивают господство позитивного права, по крайнеме мере до возникновения утопического общества недеяния, но даже для них право само по себе не является добром. В их понимании оно – так называемое неизбежное зло.

Согласно китайской концепции социального покоя, конфликты между индивидами возникают потому, что они не придерживаются дао. Поэтому улаживание конфликтов не сводится к выяснению, кто из соперников действует по закону. Главное – заставить их понять, как вести себя в духе дао в общем, чтобы осознать, что от них требуется в тех или иных обстоятельствах. Каждая сторона должна не стремиться доказать свою правоту, а размышлять над тем, соответствует ли ее позиция дао. Вопрос не в том, чтобы решить, чьи доводы аргументированы лучше, а в том, чтобы обе стороны поняли, в чем состоит их долг в деле восстановления нарушенного ими покоя.

Поэтому можно говорить о неприемлемости процессуальной техники защиты прав, которая предусматривает разрешение спора на том основании, что доводы одной стороны принимаются, а утверждения другой стороны отвергаются. Правильное решение состоит в том, чтобы разбудить в сознании тяжущихся идею дао. Тогда они будут убеждены в необходимости действовать в соответствии с ней. Убедить тяжущихся исполнять свои обязанности должен не судья, а мудрец, который, вмешавшись для наставления их на путь дао, использует свой моральный авторитет. Обязанности, налагаемые дао, несомненно предусматривают выполнение сложившихся правил, которые определяют поведение в конкретных обстоятельствах. Поэтому вполне естественно, что примирение всегда было наиболее распространенным способом достижения общественного покоя в Китае – с давних времен и по сегодняшний день.

Дальневосточная концепция права обычно имеет воспитательный характер. Даже легисты рассматривали позитивное право как средство обучения людей, с тем, чтобы они могли придерживаться принципа недеяния.

Лишь в конце XIX в. произошли постепенные перемены. Примерно с 1850 г. Китай подписал многочисленные «неравные договоры» с Англией, Францией, Германией, Россией и Японией. Они открыли китайские порты и торговые центры, даровали иностранцам право экстерриториальности и отдельной юрисдикции, закрепили уступку или аренду территорий на окраине Китайской империи. В 1899 г. великие державы, очевидно, готовясь к гигантской аннексии всего Китая, заключили соглашение, по которому его территория была разделена между ними на сферы интересов. Чтобы Китай не стал жертвой империалистических амбиций, требовались коренные внутренние реформы.

В 1911 г. династия Маньчжуров отреклась от престола, после чего была спешно составлена Конституция и китайское государство было объявлено республикой. Относительная стабильность наступила в 1926–1928 гг., когда партия гоминьдан и ее армия под командованием Чан Кайши сумели освободить Китай и принести в страну мир на несколько лет. Этот период был использован для потрясающе быстрой кодификации всего частного права. По примеру Японии кодексы были составлены преимущественно на основе германского и швейцарского права. Однако за пределами крупных городов эти новые кодексы являли собой не что иное, как фасад.

**2. Правовое развитие Китая и Японии**

Конфуцианство составляло основу государственной идеологии Китайской империи вплоть до революции 1911 г. Оно утверждает, что человек и Бог, небеса и земля, все живое и инертное являются органическими частями гармонично упорядоченной и единой Вселенной. Поэтому важнейшая цель человека – стремление к тому, чтобы его мысли, чувства и действия находились в идеальной гармонии с космосом; в частности, люди должны вести себя так, чтобы не нарушать естественное равновесие существующих между ними отношений. Правила «правильного» поведения назывались «ли», и их суть зависела от социального положения человека, к которому они применялись, от его положения в семье, в клане, среди соседей, в официальной иерархии и в государстве.

Таким образом, «ли», или правильное поведение, было тщательно определено для каждой ситуации отдельно, для пожилого и молодого, титулованного лица и горожанина; оно определяло отношения между родственниками, друзьями и посторонними, между отцом и сыном, старшим братом и младшим, между мужем и женой. Согласно конфуцианству, идеальный человек – это тот, кто сознает естественный порядок мира, признает необходимость и целевое назначение этих правил поведения, добровольно выполняет их и тем самым скромно и спокойно подавляет свои собственные интересы во имя сохранения гармонии.

Очевидно, что конфуцианство не могло быть очень расположенным к нормам права или к их принудительному исполнению в судах. Так как всякое право предусматривает простую и упорядоченную схематизацию и формализацию отношений в жизни, оно не учитывает всех многообразных факторов, связанных с социальным положением сторон. Еще меньше могло одобрить конфуцианство установление юридических прав посредством судебного решения.

По этическому учению конфуцианства, гражданин, считающий, что кто-то своим поведением по отношению к нему пренебрег правилами «ли», должен стремиться к беспристрастному разрешению конфликта посредством спокойного обсуждения, а не подчеркивать возникшие разногласия, настаивая на своих правах или апеллируя к судье. Благоприятный и добродетельный человек выигрывает в глазах общества и Бога, проявляя сдержанность в конфликте и примиряясь с причиненной несправедливостью. Того, кто нарушил общественное спокойствие, обращаясь в суд или пытаясь публично уличить согражданина в содеянном, считали грубым и невоспитанным человеком, лишенным главных добродетелей – скромности и готовности пойти на компромисс.

В отличие от конфуцианцев легисты придерживались противоположного взгляда на все важные социальные вопросы. Если Конфуций и его школа верили в добродетели человека, в возможность его убеждения воспитанием и примером правителей, то легисты были убеждены в том, что человек в своей сущности эгоистичен, стремится только к достижению своих корыстных целей и поэтому должен строго наказываться в соответствии с законодательством. Если Конфуций

учил, что различия общественного положения в иерархически организованном обществе должны рассматриваться как проявление высшей в мире гармонии и потому неукоснительно соблюдаться, то легисты считали, что все люди равны перед законом и правильное социальное поведение, которого нельзя добиться философским учением, должно прививаться суровым наказанием в виде принудительных мер со стороны государства. Легисты полагали, что общественная жизнь человека должна строго регулироваться позитивным правом. С точки зрения конфуцианцев, человечество, которое они рассматривают сквозь призму иерархии, должно подчиняться ритуальным правилам. И наоборот, выработанные легистами социальные правила в равной степени применимы ко всем.

Многие легисты рассматривали позитивное право как веса и меры. В этом качестве правовые нормы должны быть стандартными и устойчивыми. Наиболее известный легист Хан Фейцзы утверждал: «Хотя хороший плотник может точно мерить на глаз, он все же пользуется для измерения линейкой. Мудрец может сразу же принять умное решение, но он всегда спросит мнение старцев. Можно ровно обтесать кривое полено, если линейка точная; можно выровнять землю, если уровень плоский; можно точно и правильно взвешивать, если есть весы; можно точно измерять объем, если есть очень хорошая мерка. Если монарх желает управлять страной, руководствуясь законом, то достаточно обнародовать его и исполнять. Закон не благоволит к титулованным лицам, как линейка не сгибается, чтобы измерить изогнутые предметы. Закон не делает исключений для мудрецов, ему не могут противостоять храбрецы. Виновные министры не могут уйти от наказания. Доброта подчиненных не забывается и вознаграждается».

Как полагают легисты, закон должен быть известен всем. Хан Фейцзы также подчеркивал: «Закон надлежит записать, сохранить в отчетах властей и выполнять. Поэтому нет ничего желаннее, чем его обнародование...» Законы должны иметь ясный смысл и должны быть доведены до сведения каждого. Легисты не принимают концепцию произвольного саморегулирования мира. Следовательно, им чужд даосистский принцип недеяния. Легисты озабочены построением хорошо организованного мира. В этом смысле их идеи, видимо, не сильно отличаются от идей конфуцианцев. Но в действительности между легизмом и конфуцианством существует большое различие.

При династии Хан конфуцианство стало официальной государственной идеологией. Странствующие последователи распространяли учение по стране, и конфуцианство было признано духовной и философской основой китайского общества и государства на следующие две тысячи лет. Чтение классиков конфуцианства играло важную роль в школьном обучении, а на государственных экзаменах для дальнейшего продвижения от каждого кандидата требовалось глубокое знание учения Конфуция и его учеников. Со временем должностные лица на императорской службе – грамотные, высокообразованные люди, направляемые в провинции для выполнения административных обязанностей, – распространили доктрины конфуцианства по всей стране.

Утверждение конфуцианства не означает, что Китай отошел от использования записанных правовых норм или что в результате выполнения неписаных правил поведения «ли» удалось полностью очистить общественную жизнь от нарушений. Последователи конфуцианства вынуждены были признать, что в сложившихся условиях для регулирования поведения людей требовалось право, установленное государством, хотя оно и не обладало такими достоинствами и ценностью, как «ли».

Даже до объединения Китая в единую империю существовали кодексы, а в правление династий Цин и Хан они составлялись непрерывной чередой. Древние кодексы были потеряны, сохранились лишь названия глав и отдельные фрагменты. Древнейший кодекс, дошедший до нас, – кодекс династии Тан – относится к VII в. Следует отметить, что эти кодексы содержат в подавляющем большинстве нормы уголовного и административного права. Вопросы семейного и наследственного права затрагивались только в связи с уголовным или административным правом, например для детализации принципов налогообложения.

Эти кодексы почти не уделяли внимания торговому праву, что отражало принципы конфуцианской доктрины, согласно которой законодательная деятельность – необходимое зло, к нему прибегают только в том случае, когда государство санкционирует наказание за очень серьезное нарушение космического порядка или когда стоит вопрос об организации государственной администрации. Даже уголовное право содержит доказательства влияния конфуцианства. Так, в нем можно отыскать детальную градацию наказаний за убийство, словесное оскорбление и угрозу физическим насилием, учитывающую не только намерения преступника и внешние обстоятельства преступления, но и социальное положение преступника и потерпевшего. Причем суровость приговора во многом зависела от того, например, нанес ли повреждение отец сыну, муж жене или хозяин рабу. Большое значение имело и то, кто с кем плохо обращался: муж с женой или наоборот. Если старший брат ударил младшего, то не следовало никакого наказания; если же младший брат ударил старшего, то он мог получить тридцать месяцев каторжных работ и девяносто ударов бамбуковыми палками.

Если большая часть законодательства в древнем Китае относилась к уголовному и административному праву, а правовая практика в основном являлась практикой уголовного права, то какие же конфликты решало частное право? В этой области в полном соответствии с учениями конфуцианства были разработаны разнообразные формы внесудебного разрешения конфликтов. Для разрешения трудностей внутри семьи в качестве миротворцев выступали ее глава, дальние родственники или даже посторонние, которых настолько уважали из-за преклонного возраста, высокого положения в округе или по другим причинам, что обе стороны могли принять предлагаемый ими компромисс, «не теряя лица». В поисках компромисса эти миротворцы пользовались нормами, почерпнутыми из правил поведения «ли», бытующей в регионе практики, а также из собственного жизненного опыта и знания мира.

Если правовое компромиссное предложение не принималось сторонами, то обсуждение продолжалось до тех пор, пока миротворцу, престиж которого позволял ему оказать существенное социальное и моральное давление, наконец не удавалось добиться соглашения. Такие же процедуры применялись в том случае, если стороны не были связаны семейными узами, но принадлежали к одной группе кровных родственников, жили в одной деревне или состояли членами одной торговой гильдии; в качестве миротворцев приглашались старейшина клана, представители местной элиты или старшины гильдии.

Стороны всегда могли обратиться в государственные суды в главном городе провинции или региона, где дела рассматривались чиновниками. Но обычно стороны пытались уладить конфликт на месте, что они и вынуждены были делать во избежание общественного осуждения. Каждый, кто отверг компромисс, предложенный уважаемым посредником, и вынес дело на рассмотрение суда, должен был осознавать, что сплоченная община, частью которой он является, могла сурово осудить его поведение. К тому же судебное разбирательство тянулось чрезвычайно долго и обходилось дорого, а судебные работники были продажными и нерадивыми.

Отсюда очевидно, что в государственных судах императорского Китая разбиралась лишь очень небольшая часть дел из области частного права. Это полностью устраивало китайских императоров, ввиду того что в большинстве случаев происходило «саморегулирование» конфликтов в пределах местных общин по традиционным правилам поведения с учетом общественного положения сторон, индивидуумы оставались прикованными к узкому социальному контексту, а государственная администрация в значительной мере освобождалась от судоустройства и законодательной деятельности в области гражданского права.

Современная правовая система КНР развивается в русле общей концепции построения в стране социализма с «китайской спецификой». Ее создание с учетом уровня развития китайского общества и использования традиционного нормативного регулирования, соответствующего правосознанию народа, выражает сущность курса китайского государства на придание правовой системе страны национальной формы.

Годы социалистического развития Китая прошли под знаком практических испытаний различных моделей общества. В развитии китайского права можно выделить три этапа. Первый (1949–1956гг.) – этап становления социалистического китайского права. Принятые временные конституционные акты определяли правовые основы государства. Вместе с тем в Китае 50-х годов отсутствовала целостная правовая система. На формирование системы права значительное влияние оказывали существовавшая тогда политическая и правовая культура общества и военно-командные методы руководства страной. Второй этап (1957–1976 гг.) – период «культурной революции» – характеризуется развитием правового нигилизма, приведшего к умалению роли законодательства в регулировании общественных отношений. Для данного этапа типичными были снижение роли, а затем и прекращение деятельности представительных органов, фактический отказ от соблюдения законности. В период «культурной революции», по существу, были разрушены начинавшие складываться правовые основы государства.

Одной из отличительных черт третьего этапа в правовом развитии Китая (с конца 70-х годов) является широкое развертывание законодательной деятельности. Важной вехой на этом пути стало принятие Конституции КНР 1982 г., которая почти полностью вернулась на позиции первой Конституции КНР (1954 г.). Активно проводимая хозяйственная реформа: возрождение многоукладной экономики, оживление гражданского оборота, повышение самостоятельности предприятий, широкое привлечение иностранного капитала – создала предпосылку для принятия многочисленных нормативных актов. Так, только по внешнеэкономическим вопросам принято более 50 различных актов. Приняты также Общие положения гражданского права, Гражданско-процессуальный кодекс, закон о предприятиях, основанных на капитале иностранных фирм, закон о хозяйственном договоре, закон о международных хозяйственных договорах, различные акты о совместных предприятиях. Полностью обновлено уголовное и уголовно-процессуальное законодательство. Специфика китайского уголовного законодательства состоит в отрицании принципа презумпции невиновности, допущении неравноправного процессуального положения профессиональных адвокатов и иных защитников обвиняемых, отсутствии четкого указания на основания для освобождения от уголовной ответственности, в сохранении практики показательных массовых судебных процессов и т.д. Внесудебные формы разбирательства дел связаны, с одной стороны, с сохранением традиций в этой области, а с другой – с острым дефицитом юридических кадров.

Нехваткой юридических кадров объясняется и необязательность участия народных заседателей в рассмотрении дел народными судами первой инстанции.

Современное право КНР – это сложный по содержанию, объективно обусловленный масштаб свободы, выражающийся, во-первых, через систему глубоко укоренившихся в сознании народа традиционных представлений о должном поведении, поддерживаемых силой моральной ответственности перед обществом, во-вторых, через систему общеобязательных формально определенных норм, поддерживаемых силой государственного принуждения.

***Современное право Японии*** – интересный объект для сравнительного правоведения. В нем переплетаются живущие и поныне традиции внесудебного решения споров с новыми кодексами и процессуальными нормами, которые создавались по образцам сперва французского и немецкого права, а после Второй мировой войны – американского права.

Сегуны династии Токугава в течение нескольких веков стремились как можно полнее изолировать страну от внешнего мира: ни один японец не мог покинуть страну, ни один иностранец, за редким исключением, не мог проникнуть в нее. Ситуация стала меняться ко второй половине XIV в., и этот процесс завершился революцией Мэйдзи («просвещенного правления»). Развитие Японии по капиталистическому пути потребовало и модернизации права. Оно шло в основном путем рецепции европейского права.

Романо-германская модель права была реципирована Японией в конце XIX столетия. В течение сотен лет японское государство сознательно проводило политику изоляции от остального мира. Япония испытала сильное китайское влияние в идеологии, религии, культуре. В V в. в Японию пришла китайская письменность, а затем и буддизм. Японские правители VII–XIIIвв. были поклонниками китайской культурно-духовной жизни. Они были хорошо знакомы с китайской литературой и искусством, восприняли буддийскую религию и реорганизовали государственно-правовую жизнь по китайскому образцу. Ранние японские законы имели большое сходство с законами танской династии. Наиболее подходящей социальной философией для японского общества с иерархической структурой было конфуцианство, получившее широкое распространение в период правления династии Токугава (1603-1868 гг.). В стране была создана также судебная система, гражданские споры, как и в Китае, решались преимущественно с помощью внесудебных примирительных процедур.

Вместе с тем средневековое японское право сохранило свою оригинальность, связанную с национальным характером японцев. Определенное влияние в этом отношении оказала также изоляция, в которой японские правители держали страну в течение 250 лет, до 1853 г.

Коренные преобразования японского общества начались в эпоху так называемой революции Мэйдзи, когда в 1868 г. была ликвидирована власть военных правителей страны – сегунов, образовано императорское правительство и в короткий промежуток времени была осуществлена серия реформ в различных сферах общественной жизни. В ходе реформ были отменены привилегии японских дворян – самураев, провозглашено юридическое равенство четырех сословий (самураев, крестьян, ремесленников и торговцев), за крестьянами признавалось право собственности на землю. Правительство предпринимало разнообразные и энергичные усилия для развития рыночных отношений, в том числе путем заимствования достижений западных стран в области промышленности, образования, торговли. Но эти европейские по своей направленности и по существу преобразования оказались непоследовательными, они сопровождались консервацией ряда средневековых институтов.

Местное японское право было абсолютно не приспособлено для решения новых задач. Было решено целиком модернизировать правовую систему страны. Единственным способом быстрой перестройки права являлась рецепция западноевропейских правовых систем. В период с 80-х годов XIX в. до начала XX в. японское правительство ввело в действие ряд важных законодательных актов, составленных по образцу французских и германских кодексов.

Под руководством французского юриста Г. Буассонада и на основе французских кодификаций разрабатываются проекты нескольких кодексов: Уголовного (1890 г.), Торгового (1890 г.). Надо заметить, что указанные законопроекты господствующей элите японского общества казались слишком демократичными. Она подвергла их острой критике, заявляя, в частности, что Гражданский кодекс издан, а преданность императору и сыновний долг погибли. По этой причине проекты Гражданского и Уголовного кодексов законами так и не стали, а Уголовно-процессуальному кодексу (он получил название закона об уголовной процедуре 1880 г.) и Торговому кодексу (введен в действие по частям в 1893 г. и 1898 г.) была уготована короткая жизнь.

Правовым идеалам японского правительства больше импонировало право кайзеровской Германии с ее сильной императорской властью, ограничением свобод подданных и сохранением привилегий помещиков-юнкеров. Процесс рецепции в японском праве переместился от французского права к германскому. К концу первой четверти XX в. германское влияние стало основным и оставалось таким до капитуляции Японии во Второй мировой войне. Другими словами, в японском праве можно было узнать точное отображение немецкой юридической науки.

По образцу Конституции Пруссии 1850 г. была составлена первая Конституция Японии 1889 г. (Конституция Мэйдзи). Германская модель легла в основу Гражданского кодекса 1898 г., Торгового кодекса 1899 г., Уголовного кодекса 1907 г., Гражданско-процессуального кодекса 1890 г. Что касается уголовного процесса, то и в этой отрасли права возобладало (правда, несколько позже, чем в других сферах) германское влияние. В 1922 г. принимается новый Уголовно-процессуальный кодекс, разработанный по образцу УПК Германии.

Таким образом, в очень короткий срок в Японии было создано новое право, почти совершенно не связанное с ранее действовавшей правовой системой. Конечно, процесс восприятия романо-германского права Японией не следует понимать упрощенно как простую механическую рецепцию западноевропейского законодательства.

В области конституционного, семейного, наследственного права понятия императора, семьи имели специфические японские черты.

Гражданский кодекс Японии 1898 г. состоит из пяти разделов – общей части и разделов, посвященных вещному, обязательственному, семейному и наследственному праву. Он действует и сегодня, но неоднократно дополнялся специальными законами. Японский торговый кодекс 1899 г. состоит из общей части и разделов, в которых подробнейшим образом регулируются конкретные вопросы, в частности торговые сделки, морская торговля и др. Торговый кодекс не содержит процедурных правил, и в Японии нет специальных торговых судов. Он подвергся еще большим изменениям, чем Гражданский кодекс. В сфере торговых отношений издан ряд законов, не интегрированных в текст Торгового кодекса, как, например, закон о ценных бумагах.

Конституция 1889 г. наделила императора чрезвычайно широкими прерогативами. Он вправе был назначать министров, судей, членов одной из двух палат парламента – палаты пэров. Синтоизм, провозглашенный государственной религией страны, почитал императора как «бога в облике человека».

Гражданский кодекс 1898 г. в разделах, относящихся к семейному и наследственному праву, закреплял исключительное положение главы семьи. Без его согласия члены семьи не могли вступать в брак. После смерти главы семьи его права, как и все его имущество, получал старший сын. Жена и все прочие члены семьи от наследования устранялись. Жена признавалась недееспособной, а ее имуществом управлял муж. С момента заключения брака женщина становилась членом семьи мужа. Тем не менее, институты японского происхождения являлись все же незначительным компонентом «вестернизированного» японского права.

В принятых кодексах сочетались элементы различных западноевропейских правовых систем. Так, в Гражданском и Торговом кодексах, хотя явно преобладали идеи и концепции германского частного права, встречаются понятия и институты, заимствованные из французского, а иногда и из английского права. А такие акты, как закон о доверительной собственности 1922 г., закон о присяжных 1923 г., были составлены под влиянием англосаксонского права.

Французский профессор Г. Буассонад подготовил проекты Уголовного и Уголовно-процессуального кодексов, во многом напоминавшие французские кодексы, вступившие в силу в 1880 г. Проект Гражданского кодекса, подготовленный им же, и проект Торгового кодекса немецкого профессора В. Роспера встретили в парламенте сильное сопротивление. Подготовка Гражданского кодекса была перепоручена комиссии, состоявшей их трех японских профессоров. Проект, созданный ею в 1896–1898 гг., отразил влияние французского права, Германского гражданского уложения и японского обычного права, нормы которого составители включили в семейное и наследственное право. В целом преобладало германское влияние.

Японский гражданский кодекс вступил в силу в 1898 г., а на следующий год вступил в силу и Торговый кодекс.

В Гражданский и Торговый кодексы Японии после их издания неоднократно вносились изменения, однако значительно большее распространение получила практика издания дополнительных законов, не включаемых в эти Кодексы. Среди наиболее важных из них -изданные в 1899 г. законы о лицензиях, о торговых знаках и об авторском праве, изданные в 1921 г. законы об аренде земли и об аренде жилища и др.

Вопросы гражданского процесса долгое время регулировались законом об организации суда и Гражданским процессуальным кодексом, принятым в 1890 г. Этими актами, по существу, впервые в истории Японии вводилась судебная процедура рассмотрения споров, разрешавшихся до этого, как правило, методом принудительного посредничества со стороны феодалов. В 1926 г. Японский ГПК был издан в новой редакции, подготовленной по образцу австрийского законодательства и предусматривавшей усиление активной роли суда в ходе разбирательства дела.

Так или иначе, но правовая система, сложившаяся в Японии после революции Мэйдзи, представляла собой вариант романо-германской правовой семьи. Возникает вопрос: стало ли это законодательство «правом в жизни» или оно осталось «правом в книгах»? Прежде чем ответить *ни* него, отметим, что после Второй мировой войны сильное влияние на японское право оказали американские образцы. Об этом свидетельствует Конституция Японии 1946 г., а также реформа уголовно-процессуального права 1948 г. Гражданско-процессуальный кодекс был также подправлен в сторону расширения принципа состязательности. Американское влияние сказалось и на законодательстве в сфере экономики (закон о компаниях, антитрестовское законодательство).

После Второй мировой войны с принятием Конституции 1946 г. было пересмотрено и обновлено гражданское, семейное, трудовое и уголовное право.

Конституция Японии 1946 г. провозгласила принцип народного суверенитета, император лишался политической власти, он признавался «символом государства и единства народа», парламент объявлялся «высшим органом государственной власти и единственным законодательным органом государства». Конституция закрепила также основные демократические правд и свободы личности. Статья 9 Конституции содержит отказ от войны, от угрозы или применения вооруженной силы как средства решения международных споров.

В японской Конституции 1946 г. в соответствии с американскими правовыми взглядами усилена роль судебной власти и содержится каталог основных прав и свобод граждан, подлежащих непосредственной судебной защите.

Конституционно закреплены положения о непарушимости основных прав человека (ст. 11), уважения личности (ст. 13), о равенстве всех перед законом (ст. 14), свободе мысли, совести, вероисповедания, собраний, объединений, слова, печати и других способов выражения мнений (ст. 19–23).

Важное значение имеют провозглашенные в Конституции права граждан в сфере уголовного судопроизводства: запрет применения наказаний без соответствующей правовой процедуры (ст. 31), право на судебное разбирательство любого обвинения (ст. 32), запрет незаконного ареста (ст. 33), право на защиту (ст. 34), запрет незаконных обысков (ст. '35), применения пыток и жестоких наказаний (ст. 36), право каждого обвиняемого по уголовному делу на быстрое и открытое разбирательство его дела беспристрастным судом, на бесплатную, если в этом есть необходимость, юридическую помощь (ст. 37) и др.

На основе Конституции 1946 г. были внесены также важные изменения в текст Гражданского кодекса. В 1947 г. отменяется институт патриархальной семьи, женщина и мужчина объявляются равноправными участниками семейных, имущественных, в том числе наследственных, отношений. Закон 1945 г. признал право на создание и свободу деятельности профсоюзов, а согласно закону о трудовых стандартах 1947 г., были установлены ограничения продолжительности рабочего дня и рабочей недели, вводился ежегодный оплачиваемый отпуск и т.п. Законами об аграрной реформе уничтожалось помещичье землевладение и земля передавалась в собственность крестьян, которые ее обрабатывали. Наконец, в соответствии с законом о запрещении частных монополий и обеспечении частной торговой практики 1947 г. были распущены крупнейшие японские держательские компании – дзайбацу.

Поражение Японии во Второй мировой войне и ее оккупация в течение семи лет американскими войсками привели к существенным изменениям в японском праве. Это способствовало тому, что англоамериканская правовая семья (преимущественно в ее американском варианте) стала оказывать доминирующее влияние на развитие японского права. Наиболее ощутимо такое влияние проявилось в конституционном, торговом и уголовно-процессуальном праве.

Текст проекта Конституции Японии 1946 г. был составлен юристами штаба американских оккупационных войск. Естественно, они использовали в качестве образца Конституцию США. Так, в соответствии с американской моделью в Конституции Японии был предусмотрен институт конституционного надзора. Конституционный контроль, т.е. проверка любых законодательных или административных актов на предмет их соответствия Конституции, может осуществляться не только Верховным судом, но и нижестоящими судами, отдельные из которых выносили решения о признании неконституционными даже правительственных постановлений.

Закон о монополиях был скопирован с американских антитрестовских актов. Влияние американского права бесспорно в послевоенном японском акционерном законодательстве. Значительным воздействие американской правовой системы было в сфере уголовного процесса. УПК Японии 1948 г. под влиянием американских юридических концепций значительно расширил применение принципа состязательности, исключил институт предварительного слушания дел и т.д. В этот же период были приняты закон о судопроизводстве (1947 г.), закон о прокуратуре (1947 г.), закон об адвокатуре (1949 г.). Все эти законы продолжают действовать и поныне, хотя они неоднократно подвергались изменениям.

Вместе с тем это влияние права США на японскую правовую систему оказалось все же не настолько сильным, чтобы «перетянуть» японское право полностью в семью англосаксонского права. Влияние американского права является все же довольно ограниченным и недостаточно последовательным.

Дело в том, что большинство институтов основных отраслей японского права: гражданского, торгового, гражданско-процессуального и уголовного – по-прежнему базируется на традициях романо-германской правовой семьи. Следует согласиться с выводом, к которому приходит японский юрист Цунэо Инако: «Господствующее положение в современном японском праве занимает романо-германская система».

Общность японского права с правом стран романо-германской семьи проявляется не только в содержании позитивного права, но и в системе источников. Японское право в отличие от общего права является статутной юридической системой. Главный, ведущий источник права в Японии – это законодательство, причем законодательство кодифицированное. Данное обстоятельство служит основным препятствием для дальнейшего сближения японского и американского права, определяет границы этого сближения.

В Японии, как, впрочем, и в других странах романо-германской семьи, наблюдается изменение роли судебной практики, повышение ее значения, превращение ее в фактический источник права. Но судебные решения выступают все же, как средство конкретизации, толкования норм статутного права.

Если оставаться на позициях нормативистского представления о праве, то найти чисто японские по своему происхождению нормы в действующей правовой системе страны будет весьма трудно. Их немного. Это редкие вкрапления в европейскую правовую ткань. Не надо забывать, что реципированное романо-германское право вот уже 100 лет развивается в условиях страны, обладающей древней культурой, традициями, обычаями.

В ряде отраслей права (например, в сфере охраны окружающей среды, защиты потребителя) Япония разрабатывает правовой механизм, не оглядываясь на иностранное право, а, напротив, подавая другим государствам пример законодательного решения возникающих проблем. В связи с этим заслуживает внимания интенсивное развитие законодательства об охране окружающей среды. Приняты такие законы, как о предотвращении зловония (1971 г.), о возмещении за ущерб, причиненный отработанными маслами (1975 г.), о регулировании вибрации (1976 г.), о предотвращении загрязнения атмосферы воздуха и об ограничении шума (1968 г.), о наказаниях за преступления, состоящие в опасном для здоровья людей загрязнении окружающей среды (1970 г.). Ими предусмотрены лишение свободы для работника, нарушившего соответствующие правила производственной деятельности, и штраф для юридического лица, причинившего ущерб здоровью людей. Особенно большое внимание уделяется в Японии утилизации отходов и поддержанию чистоты в городских условиях.

В целом, однако, сохранилась прежняя кодифицированная система, костяк которой составляют шесть кодексов (в них были внесены изменения, вытекающие из Конституции), дополненных значительным массивом законов и иных нормативных актов, образующих в совокупности систему источников, сходную с западноевропейской. Прецедент не стал источником японского права.

Если латиноамериканское право отличает дуализм в смысле сочетания европейского и американского образцов при отсутствии сколько-нибудь значительных влияний традиционных норм и институтов прошлого (вытесненных в период испанского и португальского владычества), то применительно к правовой системе Японии обнаруживается дуализм иного плана, а именно сочетание и параллельное действие традиционных норм, сложившихся в прошлом и реципированных в конце XIX в. романо-германскими правовыми моделями.

Древнейшие японские законы, дошедшие до нас, во многом напоминают законы китайской династии Тан. Сама концепция права в Японии сложилась под влиянием китайской. Во главу угла она ставила «рицу», т.е. уголовный закон. Сама система получила название «ри-цуре», и ее жестокость привела к тому, что к праву стали относиться отрицательно. Эта традиция жива в японском сознании, и слово «право» нередко ассоциируется с тюрьмой – символом жестокости.

Нормы общежития японцев были выработаны под воздействием религиозных представлений синтоизма, буддизма и конфуцианства. Это традиционные нормы поведения в японском обществе – «гири». Гири понимаются исследователями Японии различно. Иногда гири трактуются как долг чести, основанный на строго предписанном регламенте человеческих взаимоотношений, требующем подобающих поступков в подобающих обстоятельствах. Это чувство долга перед определенным лицом или определенной группой, а невыполнение такого нравственного обязательства влечет за собой недовольство или разочарование указанного лица или группы.

Наличие этих нравственных правил безусловно отражается на механизме реализации права в японском обществе. Скажем, в сфере договорных отношений контракт обычно определяет лишь наиболее важные моменты взаимоотношений сторон, все конкретные проблемы, которые могут возникнуть во время его действия, на стадии исполнения решаются исходя из гири, т.е. правил взаимоотношений между знакомыми лицами. Японские цивилисты Сакаэ Вагацума и Тору Ариидзуми, раскрывая понятие сделки, подчеркивают, что «ожидаемый результат достигается в известной мере благодаря действию не правовых норм, а обычаю и морали». И только если с помощью этих средств участник сделки не получает ожидаемого результата, то его можно добиться с помощью судебного решения. Действие гири ограничено кругом лиц, которые имеют постоянное общение между собой, и не распространяется на всех прочих.

Согласно сложившейся традиции, судебное разбирательство совершенно не соответствует естественному состоянию вещей. Обращение в суд показывает, что, по мнению истца, его оппонент – ненормальный человек, с которым невозможно договориться полюбовно. Судебному разбирательству следует предпочесть примирение.

Японцам кажется, что судебное разбирательство совершенно не соответствует естественному состоянию вещей. Логический принцип противоречия, по которому одна сторона должна обязательно проиграть дело, если другая выиграет, не удовлетворяет японцев, всегда ищущих более гибкого исхода. Тяжущийся японец судебному разбирательству предпочитает примирение. Даже рассматриваемые в суде споры в подавляющем большинстве все же разрешаются примирением.

Японцы предпочитают сохранять размеренную общественную жизнь с помощью правил, которые в гораздо большей степени удовлетворяют их характеру, чем правовые нормы. С этой целью все общественные отношения уподоблены семейным отношениям и должны регулироваться правилами, относящимися к семье. Но ввиду бесконечного многообразия общественных отношений эти правила, хотя они и проникнуты одним духом, также бесконечно изменчивы. Такие правила не являются законодательными, так как они не содержат основных элементов права. Соблюдение этих правил всегда вызывает стремление удовлетворить чувства соперника. Конечно, само выполнение акта является одним из составных элементов данного правила, по этого недостаточно. Первостепенное значение имеет внутренний настрой исполнителя.

На эту традиционную систему правил – гири – несомненно повлияло конфуцианство. Гири не могут рассматриваться как правовые, а тем более законодательно санкционированные нормы. Тем не менее они оказывают существенное воздействие на правовые отношения. Приведем примеры. Кредитор, однозначно требующий от своего должника все, что ему причитается по закону, выглядит, по гири, бесчеловечным. Уважения заслуживает только кредитор, деликатно выясняющий положение должника и считающийся с его эмоциями. Должник, тронутый таким поведением, сделает все от него зависящее, чтобы оправдать такую доброжелательность. Если нарушен договор, то стороны, прежде чем запустить в действие юридический механизм, сначала должны испробовать «дружеские пути». Не случайно в договорах можно встретить оговорку о том, что при возникновении между сторонами спора о правах и обязанностях по договору они будут честно обсуждать вместе спорные вопросы.

По мнению большинства японских авторов, хотя гири и сохранили свое влияние в сфере права, тем не менее, его нельзя считать значительным, оно последовательно падает и не идет ни в какое сравнение с тем, каким оно было на рубеже XX в. Очевидно, влияние гири более значимо в сфере семейного права, вопросы которого разрешаются в основном с помощью внутренних разбирательств, без обращения в суд. Разводы же по взаимному согласию разрешены японским правом и составляют почти 90% общего числа разводов. Так же разрешаются разводы о разделе имущества, выплате алиментов или установлении опеки над детьми, так как все эти вопросы решают опять-таки выбранные посредники или друзья супругов. Споры между соседями, участниками договора об аренде тоже разрешаются главным образом путем полюбовной сделки.

В понимании правосознания японцев отдельными авторами, особенно иностранными, имеются неточности. Так, Р. Давид утверждал, что в повседневной жизни японцев определяющее значение имеет не право, а традиционный комплекс морально-этических норм гири. Этой же точки зрения придерживаются и российские авторы А.А. Тилле и В. Овчинников.

Действительно, в Японии в договорных отношениях, например между частными лицами или организациями, определенное место занимают нормы гири, однако эти нормы не покрывают всего объема договорных отношений. Так, А.А. Тилле систему пожизненного найма рабочей силы, практикуемую в Японии, также приписывает действий норм гири. Однако это не так. Данная система получила развитие и послевоенный период, особенно в 60-е годы, в период высоких темпов экономического роста в Японии, и это связано прежде всего с тем, что частные компании, осуществляя профессиональную подготовку рабочей силы за счет собственных средств, предпринимают различные меры для закрепления рабочих и служащих на своих предприятиях. Таким образом, тот факт, что рабочие трудятся на одном предприятии, как правило, с окончания средней школы и до выхода на пенсию, объясняется не связанностью их или предпринимателей нормами гири, а вполне прозаическими материальными факторами, В качестве особенности правосознания или поведения японцев указывается на стремление граждан решать конфликтные ситуации минуя судебную процедуру. Действительно, здесь мы имеем дело с действием некоторых норм гири, однако главная причина заключается в сложности судебной процедуры, связанной с затяжным характером судебного разбирательства и большими расходами. Тем не менее статистика свидетельствует об увеличении числа обращений японских граждан к судебным органам, в частности и с исками, связанными с нарушениями основных прав человека (право на существование, на свободу слова, па объединение и др.).

Современное японское право наряду с судебной процедурой предоставляет тяжущимся также возможность выбрать специальную, закрепленную в Гражданско-процессуальном кодексе (ст. 136) примирительную процедуру. Согласно этой процедуре, компетентный суд создаст по заявлению одной из сторон специальный арбитражный комитет в составе двух или более неспециалистов и под председательством назначаемого в большинстве случаев профессионального судьи. Этот комитет вызывает и выслушивает тяжущиеся стороны, а затем пытается склонить их к полюбовному решению. В случае неудачи такой попытки иск может быть подан в судебном порядке. На практике согласительные процедуры имеют большое значение, тем более, что суды зачастую пользуются возможностью приостановить рассмотрение дела и передать его в арбитражный комитет. Число отказов от исков ежегодно составляет 50% общего числа дел.

Разумеется, склонность японцев к полюбовному решению споров не стоит переоценивать. Следует также отметить, что в Японии в последние годы значительно возросло число коллективных судебных процессов, особенно касающихся защиты окружающей среды и ответственности за качество производимой продукции. Участниками них процессов являются тысячи истцов.

Говоря о будущем японского права, Р. Давид справедливо отмечает, что «даже если японские институты будут полностью вестернизированы, а юридическая техника модернизирована, применение права все равно будет ощущать на себе в культурной сфере этой страны живучесть и действенность традиционных принципов».

Китай и Япония являются системообразующими странами дальневосточной правовой семьи – странами непохожими и одновременно имеющими некоторые общие традиции, в корне отличные от культурно-правовых традиций христианских и мусульманских государств. Географическое положение и историческое развитие привели к тому, что Китай и Япония, а также Монголия, Корея, государства Индокитая с точки зрения их правовых культур и правовых систем «существенно отличаются друг от друга, а вторжение Запада не привело к изменению их традиционных структур».

Мировой опыт свидетельствует о национальном своеобразии и неповторимости национального права различных государств. Каждая национальная правовая система является продуктом исторического развития конкретной страны и отражает особенности ее истории, экономики, политической системы, культурные и местные традиции, климатические и природные условия, стереотипы массового сознания населения, национальный менталитет народа. Все это во многих случаях создает серьезные препятствия для имплементации норм и институтов права одной страны в правовую систему другой страны. Поэтому при изучении и использовании зарубежного юридического опыта необходимо в полной мере учитывать социально-экономические, политические и духовно-культурные аспекты, возможности и пределы заимствования иностранных норм, правовых институтов.

**Тема 2.5. Правовые системы стран Латинской Америки и Африки**

**1. Формирование правовых систем стран Латинской Америки**

Европейская колонизация территорий Африки, Центральной и Южной Америки повлекла за собой распространение западной традиции права. Вместе с тем, значительная часть населения стран Азии, Тропической Африки и ряда других регионов до сих пор пользуется *нормами традиционного племенного* и *обычного пра­ва*. Обычное право является не правом индивидов, а правом групп и общин.

Весь опыт правовых реформ в латиноамериканских и африканских странах, столь разных как по уровню, так и по направленности развития, свидетельствует об огромных адаптационных возможностях и устойчивости накопленных в ходе исторического развития и передаваемых через механизм культурных традиций образцов поведения, ориентации и ценностей.

Европейская колонизация территорий Центральной и Южной Америки повлекла за собой распространение романо-германского права. Кодификация, предпринятая в XIV и XX вв., способствовала правовой экспансии французских, испанских, португальских и итальянских кодексов.

Общность исторической судьбы латиноамериканских государств, сходство социально-экономического строя и политической структуры породили в большинстве из них сходные правовые институты. Этим обусловлено и сходство их правовых систем, что позволяет говорить о латиноамериканском праве. Разумеется, это не исключает достаточно существенных отклонений права ряда стран Латинской Америки от общей модели (например, Куба). Тем не менее, существование такой модели вполне оправданно.

Многие западные компаративисты безоговорочно относят право стран Латинской Америки к романо-германской правовой семье. Однако звучали и требования выделить право стран Латинской Америки. Р. Давид полагает, что латиноамериканское право, хотя оно и принадлежит по своей структуре и общим чертам к романо-германской правовой семье, заслуживает того, чтобы его ввиду некоторых особых черт классифицировать в рамках этой семьи как отдельную группу.

Близость к романо-германской системе выражается, прежде всего, в том, что в основе своей латиноамериканское право – это кодифицированное право, причем кодексы построены по европейским образцам. Отсюда и другие черты сходства – примерно аналогичная система права, абстрактный характер правовой нормы.

Кодификация, происходившая в течение следующего за завоеванием государственной независимости периода, заложила основу для формирования национальных правовых систем. Если кодификация законодательства, проводимая в европейских странах после революций, представляла собой своеобразное подведение итогов этих революций, то кодификация законодательства в латиноамериканских республиках, с одной стороны, отразила компромисс элементов доколониального и колониального права, а с другой стороны, являлась рычагом, способствовавшим в конечном счете закреплению и развитию новых отношений на Латиноамериканском континенте.

К восприятию именно европейской модели кодификации латиноамериканские страны были в определенной мере подготовлены характером колониального права, т.е. права испанского и португальского, перенесенного на Американский континент завоевателями и близкого по своему историческому развитию французскому праву.

Когда у молодых независимых латиноамериканских государств возникла потребность в единых национальных гражданских кодексах, выбор пал на французское право. Право Испании было отвергнуто как право бывшей метрополии. Кроме того, оно не было кодифицировано и по причине применения на местах староиспанского обычного права было раздробленным и разнородным.

Идеологическим стимулом восприятия французской модели явилось и то огромное влияние, которое оказали политико-правовые учения эпохи Просвещения на революционные силы Американского континента, добившиеся национальной независимости. В целом гражданские кодексы латиноамериканских стран несут на себе отпечаток Кодекса Наполеона, хотя и в различной степени.

Кодификация законодательства в странах Латинской Америки началась не сразу после завоевания государственной независимости и длилась не один год. В ней оказались отражены и многие особенности ситуации на Американском континенте. Был учтен также опыт, накопленный в других странах.

Гражданский кодекс Чили 1855 г. был подготовлен венесуэльским юристом Андресом Белло. Он удачно соединил французские источники и традиционные институты римского права, при этом он использовал некоторые категории испанского права, в частности положения «Семикнижья» и идеи Савиньи.

Структура Чилийского гражданского кодекса более совершенна, чем структура ГК Франции, а язык столь же ясен и выразителен. Чилийский гражданский кодекс послужил образцом для появившихся вслед за ним Гражданских кодексов Эквадора (1860 г.) и Колумбии (1873 г.) и многих других центральноамериканских государств. Он оказал также значительное влияние на Гражданские кодексы других латиноамериканских стран – Венесуэлы (1862 г.) и Уругвая (1868 г.).

Создатель Гражданского кодекса Аргентины 1869 г. Долмасио Велес Сарсфильд, профессор университета г. Кордовы, прямо признает, что он строил Кодекс на основе этих двух документов. То же произошло в Уругвае. Парагвай реципировал аргентинскую модель, а Колумбия и Эквадор – с некоторыми модификациями Чилийский гражданский кодекс. Вслед за гражданским правом последовала кодификация других основных отраслей права. Были приняты, в частности, торговые кодексы. Так, Велес Сарсфильд способствовал принятию в 1859 г. Торгового кодекса Аргентины. В своей работе он опирался в значительной мере на Кодекс Наполеона. Но это был не единственный источник.

В XX в. французское юридическое влияние, особенно в сфере торгового права, уменьшилось. Латиноамериканский законодатель стал чаще обращаться к другим источникам, особенно к итальянскому, немецкому и швейцарскому праву, а в отдельных случаях и к англо-американскому праву, когда речь шла, например, об институте доверительной собственности.

Первый Гражданский кодекс Бразилии был принят в 1916 г. на основе многочисленных проектов. Особо следует отметить проекты Гексейры де Фрейтаса и Бевилака. Образцами для него помимо Французского гражданского кодекса служили Португальский и Итальянский гражданские кодексы, равно как ГГУ и Швейцарский ГК. О значительном германском влиянии свидетельствует структура Гражданского кодекса Бразилии, особенно его «Общая часть».

Характерно, что даже страны, географически более других тяготевшие к США, тем не менее, также оказались привержены европейским континентальным моделям. В качестве примера можно указать на Мексику, где сформировавшаяся после завоевания государственной независимости правовая система восприняла правовые идеи и юридическую технику, свойственные романо-германской правовой семье. Романские традиции в Мексике проявились также в том, что первые ее кодексы и многие законы, принятые в XIX в., испытали на себе заметное влияние французского и испанского права.

В одних странах некоторые кодексы, принятые в XIX в., были заменены новыми или существенно модернизированы (как в Мексике после принятия Конституции 1917 г.), в других старая кодификация остается в силе, и здесь ситуация сходна с той, что сложилась во Франции и ФРГ. Старые кодексы оказываются окружены большой массой нормативного материала не только законодательного, но и подзаконного происхождения.

В латиноамериканском праве особенно значительна роль делегированного законодательства, т.е. фактически актов правительственной власти, что связано, во-первых, с президентской формой правления и, во-вторых, с длительными периодами правления военных, когда нормальная законодательная деятельность фактически сводится на нет.

Роль обычая как источника латиноамериканского права различна и разных странах. Так, в Аргентине она несколько больше, а в Уругвае, наоборот, меньше. Но в целом это субсидиарный источник, и на Европейском континенте он используется в случаях, оговоренных законом.

Хотя латиноамериканские страны заимствовали у США принципы построения и функционирования судебной системы, следует отметить, что в отличие от США судебная практика большинства латиноамериканских стран не рассматривается как источник права.

В области частного права правовые системы латиноамериканских стран можно объединить в две группы. В первую группу следует отнести правовые системы, которые практически полностью восприняли Французский гражданский кодекс и ограничились лишь его переводом. Сюда можно отнести Гражданские кодексы Гаити (1825 г.), Боливии (1830/1975 гг.), Доминиканской республики (1845/1884 гг.) и, с некоторыми оговорками, Мексики (1870/1884, 1928/1932 гг.). Вторую группу составляет Гражданский кодекс Чили (1855 г.), который, несмотря на значительные заимствования из ГК Франции, подобно Гражданскому кодексу Аргентины, представляет собой вполне самостоятельное и оригинальное творение южноамериканского законодательства.

Что отличает латиноамериканское право от романо-германской системы? Это, прежде всего, сфера публичного права. Если, завоевав государственную независимость, страны Латинской Америки в поисках модели частного права обратили взоры к Европе, то конституционный образец они нашли в США. Конституции этих стран заимствовали американскую форму правления – президентскую республику и другие конституционные институты. У молодых государств Латинской Америки и не было иного выбора. Конституция США была в то время единственной писаной действующей Конституцией. Восприятие американского конституционного образца и дает основание говорить о дуализме латиноамериканского права, о соединении в нем европейской и американской моделей. С последней связано особое внимание конституций латиноамериканских стран к институту судебного контроля за конституционностью законов, дополненное использованием таких процедур (например, ампаро, заимствованное в испанском праве), которых не знает американская модель судебного конституционного контроля.

Четыре латиноамериканских государства являются федерациями – Аргентина, Бразилия, Венесуэла, Мексика, и, характеризуя право этих стран, следует учитывать разграничение компетенции между федерацией и ее членами. Можно сказать, что основная компетенция принадлежит федерации.

Ученые-юристы подчеркивают, что при изучении политической системы латиноамериканских стран во многих отношениях не следует отождествлять юридические формы с социальными реалиями. Очевидно, это общее для всех стран положение в отношении латиноамериканских стран звучит особенно остро уже хотя бы потому, что в жизни этих стран значительное место занимают периоды военных режимов, чрезвычайных положений и т.п.

**2. Правовые системы стран Африки**

Африканская правовая семья охватывает правовые процессы нагромадном континенте. В результате особенностей исторического развития право африканских государств, обретших национальную независимость в результате распада колониальной системы, сочетается на пороге XXI столетия с элементами старого, с религиозным правом (мусульманским, индусским), обычным правом, которое все еще действует в относительно широкой сфере общественных отношений.

Исследование африканского обычного права имеет для сравнительного правоведения особое значение, ибо оно основывается на обработке материала двоякого рода: законодательного, даваемого писаным правом современных культурных народов или правовыми памятниками угасших в прошлом цивилизаций, и обычно-правового, заимствованного из юридической этнографии.

Термин «обычное право» чаще всего используется для обозначения традиционного права, существовавшего у африканских народов до колонизации. За исключением весьма немногочисленных примеров «племенного законодательства», традиционное право представляло собой преимущественно совокупность неписаных правил, изустно передаваемых из поколения в поколение. Английский юрист А. Эллот отмечал, что африканское обычное право не знало юридических произведений. Не было ни юридических текстов, ни манускриптов по вопросам права, ни сформулированных на бумаге исковых заявлений, ни повесток в суд, ни ордеров на выполнение судебных постановлений, ни письменных документов о передаче имущества, ни ученых комментариев докторов права. Не было скрупулезного критического разбора текста парламентских актов, ученых дебатов в журналах о значении того или иного параграфа или диапазоне действия судебного решения, процедурных дискуссий о представительстве или форме обвинения.

В традиционном праве правовые и моральные нормы выступают в неразрывной связи, поэтому при решении конфликтов руководствуются идеей примирения.

Следует отметить большие различия между народами Африки, разнообразие их обычаев и обычного права. Даже племена, населяющие соседние географические районы, могут в этом плане существенно различаться. В пределах одного африканского современного государства могут проживать народности совершенно разного этнического и лингвистического происхождения (например, Кения населена нилотами, нилохамитами, хамитами и банту). Все это многообразие дополняется большими различиями африканских народов по системам родства и семейного уклада.

В своем развитии право стран африканской правовой семьи прошло три этапа:

*Первый этап* – этап развития традиционного африканского права.

*Второй этап* – этап колониального развития обычного права и влияния на него основных правовых семей.

*Третий этап* – этап независимого развития, т.е. этап формирования современных правовых систем африканских стран.

Первый этап развития на Африканском континенте связан с формированием традиционного права. В связи с этим напрашивается вопрос: *можно ли вообще говорить о едином африканском обычном праве?* По этому поводу существуют самые различные точки зрения. На наш взгляд, имеются достаточные основания для того, чтобы рассматривать африканское обычное право как нечто единое. Мы подразумеваем здесь некоторые общие принципы, процедуры, установки и в отдельных случаях детально разработанные правила, характерные для большей части обычного права народов Африки.

Африканское обычное право является правом групп или сообществ, а не правом индивидов. Эта характерная черта проявляется почти в каждой отрасли обычного права. В брачном праве брачный договор представлял собой скорее соглашение двух семейных групп, нежели союз двух индивидов, и развод возможен был только с согласия семей. Право собственности на землю принадлежит социальной группе. В наследственном праве имущество также как правило, переходило не к индивидам, а к семьям или группам. При компенсации ущерба выплату производила одна семья или клан другой семье или клану, но не одно лицо другому. И наконец, тяжбы в африканском обществе тоже возникали главным образом между сообществами и группами.

В обществах Африки действовали два основных типа судов, или две системы разрешения споров. Иногда в одном обществе они действовали одновременно. Их можно классифицировать как арбитраж и суд с соблюдением юридических формальностей. В обществе без вождей или при отсутствии сколько-нибудь централизованной политической власти (например, на территории нынешней Кении) споры решались преимущественно с помощью арбитража и переговоров внутри местной общины. Если конфликты возникали по поводу брака, установления опеки над детьми, наследования, землевладения и других схожих прав и обязательств, то в их разрешении, как правило, участвовали старейшины и другие влиятельные члены семьи или группы кровных родственников (например, клана). Когда же разногласия возникали между соседями внутри одной общины, арбитраж и переговоры проводили разного рода официальные и неофициальные лидеры (например, старшие члены семей, главы основных линий наследования и др.).

Суды второго типа, соблюдавшие юридические формальности, действовали в обществах с более или менее централизованной властью. Обычно эти суды образовывали иерархию в соответствии с политической иерархией, и апелляции направлялись от низших судов (например, судов мелких вождей) к высшим (например, судам крупных вождей). Так, в королевстве Буганда в середине XIX в. действовала чрезвычайно сложная система отправления правосудия: многочисленные суды были организованы как пирамидальная структура, а апелляция направлялась по цепочке: мелкие вожди – крупные вожди – министр (катиккиро) – кабака. У племени сукума судебная система состояла из различных судов вождей разного ранга, но апелляции, видимо, не подавались. Суды обладали полномочиями вызывать свидетелей, назначать штрафы, принимать решения о наказаниях и выплате компенсаций, следить за выполнением своих решений.

Однако вне зависимости от способа разрешения конфликтов можно сказать словами английского юриста А. Эллота, что судебные решения в Африке принимают основываясь на понятии примирения или восстановления гармонии. Задача суда или арбитража заключается не столько в том, чтобы отыскать факты, сформулировать правовые нормы и применить их с учетом этих фактов, сколько в том, чтобы навести порядок так, чтобы устранить причиненное зло и восстановить гармонию в обеспокоенной общине. Гармонию можно восстановить только тогда, когда все вовлеченные стороны уверены в том, что справедливость восторжествовала. Жалобщик желает удостовериться, что суд руководствовался соответствующими правовыми нормами, в том числе и теми, которые предусматривают должную компенсацию за причиненный ущерб. Но и виновника нужно убедить в том, что его поведение явилось нарушением нормы и суд принял справедливое решение. Со своей стороны он желает получить гарантию, что после осознания своей вины и выплаты компенсации ему будет позволено влиться в общину.

Следует подчеркнуть и роль сверхъестественного в традиционном праве. В судебных процедурах этот фактор проявлялся в основном в том, что для выяснения истины заставляли клясться и проводили испытание «судом божьим».

*Существовало ли в традиционном праве различие между уголовными и гражданскими правонарушениями?*

Английский специалист по африканскому обычному праву Дж. Котран выдвигает следующие общие положения. В большинстве африканских обществ различались уголовные преступления и гражданские правонарушения, причем за основу такого различия брали категории уголовных преступлений и гражданских правонарушений.

Например, в обществе «А» убийство карается суровым наказанием, а в обществе «Б» достаточной мерой является компенсация. Многие правонарушения в обычном праве могут быть и уголовными, и гражданскими в том смысле, что их расценивают как уголовно наказуемые и требующие компенсации. Одно и то же деяние в обычном праве может трактоваться как уголовное или гражданское в зависимости от обстоятельств, т.е. с учетом его направленности (например, прелюбодеяние с женой вождя может быть уголовным преступлением, а с женой другого – гражданским правонарушением), намерения правонарушителя (например, намеренное убийство может быть уголовным преступлением, а непреднамеренное – нет), повторяемости деяний (первое – гражданское, повторное – уголовное).

Особого внимания заслуживает еще один аспект обычного права: ответственность группы людей или общины. Она проявляется двояко: ответственность (как искупление чужой винта) семьи или группы родственников за проступки ее отдельных членов; совершенное индивидом правонарушение увязывается с его правами и обязанностями как члена группы. В связи с этим уместно, на наш взгляд, отметить, что индивидуализм и вытекающее из него понятие «субъективное право» – основное понятие современного права – несовместимы с традициями обычного права. Оно не столько обеспечивает соблюдение права индивида, сколько регулирует его отношения с группой людей.

Среди институтов традиционного права особое место занимают семья, земельная собственность, наследование. Брак по обычному праву – это не столько союз двух индивидов, сколько соглашение двух семейных групп. Они играют заметную роль на каждом этапе брака: подбирают жениха и невесту; обговаривают и выплачивают приданое; улаживают разногласия между мужем и женой; развод также невозможен без их активного участия.

Обычное право повсеместно признавало полигамию, т.е. право мужчин иметь несколько жен, а также устанавливало «выкуп за невесту», призванный подтвердить, что основанный на обычае брак – это не что иное, как покупка жены.

Вопреки широко распространенному мнению расторжение брака было очень редким явлением в обычном праве, причем получить разрешение на развод стоило больших трудов. Семьи были чрезвычайно заинтересованы в продолжении действующего между ними альянса^ к тому же расторжение брака неизменно означало возвращение даного. Развод обговаривался между семьями с привлечением старей шин клана.

Так, например, брачный договор представляет собой здесь не договор между женихом и невестой, а соглаше­ние двух семейных общин. Наследство умерших переходит не к отдельным индивидам, а к семейным коллективам. Денежные и иные компенсации за причиненный вред выплачиваются от имени всей семьи или рода другой семье или роду. Право соб­ственности на землю также принадлежит социальной груп­пе, а не индивиду.

*Судебная деятельность*, основанная в странах *Африки* на обыч­ном праве, строится при помощи судов двух разновидностей - суда посредников и суда формализованного (суда с соблюдением ряда юридических формальностей). В общинах без централизо­ванной политической власти (например, на территории Кении) споры решаются преимущественно путем переговоров и при со­действии суда-арбитража. Конфликты в связи с заключением брач­ного соглашения, установлением опеки над детьми, наследовани­ем имущества или землепользованием, как правило, рассматри­ваются с участием старейшин, других влиятельных членов семьи или группы кровных родственников (клана). Когда разногласия возникают внутри одной общины, то переговоры и суд проводятся с участием старших членов семей, глав основных линий наследо­вания и др.

Обычное право африканских обществ не имеет строгости и четкости, характерной для законодательства или прецедентного права.

Разрешение конфликтов в судах обычного права было на­правлено на исполнение древнейшего принципа судебной дея­тельности - примирения враждующих сторон. В африканском социальном контексте судебные решения направлены на дости­жение «примирения и восстановления гармонии». Суд занима­ется не столько отысканием и подтверждением фактов и соответствующих норм, сколько заботами по наведению порядка с одновременным устранением причиненного зла и восстановле­нием мира и согласия в потревоженной общине. Широкое рас­пространение имеют практика испытаний «судом божьим», прин­цип талиона и другие традиционные для древних и средневеко­вых обществ процедуры.

Все стадии юридически значимых действий тесно переплете­ны с традициями и обычаями данной родовой или племенной общности, с магическими и социально-бытовыми ритуалами и жестко контролируются сложившимися запретами и обществен­ными санкциями, вплоть до самого сурового наказания в виде изгнания из рода-племени (превращение индивида в существо без рода - без племени, внешне свободное, «вольное, как пти­ца», а на самом деле становящееся объектом безнаказанных насилий и преследований со стороны первого встречного, необя­зательно сородича).

Принято считать, что в традиционных обществах правами землю наделен не индивид, а группа. Хотя индивид может иметь право пользования землей, в конечном счете, оно принадлежит общине или группе. Распределение земли, пользование ею, наконец, отторжение происходит под контролем правителей (вождей) или таких социальных групп, как клан, семья.

Наследственное право в традиционном обществе предусматривает переход не только имущества, но и целого комплекса прав и обязанностей умершего к его наследникам. Существуют самые различные режимы наследования. Оно может быть следующих видов: 1) патрилинейное или матрилинейное; 2) автоматическое (наследник известен) или избирательное (наследник выбирается после смерти); 3) универсальное (только один наследник) или совместное (несколько наследников).

Следует отметить еще два фактора. Во-первых, характер наследования может измениться в зависимости от типа оставленного наследства. Например, семейная собственность, приобретенное на собственные средства имущество, а также земля, скот, движимость – все это может наследоваться по-разному и разными лицами. Во-вторых, если умерший имел несколько жен, то наследование обычно осуществлялось по Системе «домов», когда имущество умершего в равных долях распределялось между «домами» («дом» – жена и ее дети) без учета количества детей в каждом «доме».

*Второй этап* развития традиционного общего права был связан с колонизацией Африки в XIX в., которая внесла крупные перемены в юридическую жизнь континента. Давление и влияние права колониальных держав становилось доминирующим.

Вся Африка за небольшим исключением была колонизирована европейскими державами. В XIX в. колониальные власти – английские, французские, португальские и бельгийские – в основном стремились внедрить в африканских странах право, действовавшее в метрополии, и свою судебную систему. Каждая колониальная держава навязывала своим владениям собственную правовую модель: французское право было введено во Французской Африке и на Мадагаскаре, бельгийское – в Конго, португальское – в Анголе и Мозамбике, общее – в английских колониях, романо-голландское, измененное позже под влиянием английского общего права, – в Южной Африке. Либерия заимствовала общее право и некоторые судебные обычаи Англии и США.

Принцип прецедента был воспринят в ряде стран Африки. Кроме Ганы, он нигде не имеет законодательного закрепления. Конституция Ганы 1960 г. (ст. 42.4) устанавливает, что Верховный суд в принципе обязан следовать своим предшествующим решениям по вопросам права и Высокий суд обязан следовать решениям Верховного суда.

Ряд особенностей отличает прецедентное право в африканских странах общего права. В них происходит рост национального прецедентного права. Хотя некоторые ученые-юристы полагают, что прецедентное право данных стран отлично от английского общего права, а иногда противостоит ему, в них продолжается активное заимствование английских прецедентов.

Следует отметить, что наряду с внедрением собственных правовых институтов колонизаторы проводили политику сохранения той части обычного права и африканского судопроизводства, которая, по их мнению, не противоречила их интересам. Таким образом, в результате колониального правления возникла дуалистическая система права. Она включала право, введенное метрополиями, и обычное право. Первое охватывало преимущественно административное право, торговое, уголовное право. А. Эллот полагает, что обычное право применялось в судах общего права, так как облегчало управление и способствовало поддержанию порядка. Традиционные области – землевладение, семейное и наследственное право (прижизненный раздел собственности, некоторые гражданские обязательства) – оставались в сфере действия обычного права.

Дуализм судов проявлялся весьма заметно. С одной стороны, действовали колониальные суды с европейскими судьями, руководствовавшимися правом метрополии и колониальным законодательством, с другой – были организованы местные суды. Британская колониальная администрация старалась по возможности сохранить эти суды.

Разбирательством дел в них занимались традиционные местные старейшины; юрисдикция этих судов распространялась на африканцев. Решения в таких судах принимались в соответствии с обычным правом, действовавшим на территории, которая подпадала под их юрисдикцию. Контроль за деятельностью местных судов осуществляли административные чиновники, они же ведали назначением и смещением членов судов.

Можно отметить четыре наиболее важных изменения, происшедших в обычном праве в колониальный период:

1. отход от традиционных методов урегулирования с постепенным внедрением судебной системы, первоначально базировавшейся на прежних племенных установлениях, но со временем перестроившейся по образцу буржуазного судоустройства;
2. восприятие европейских норм судьями, которые вели разбирательство в местных судах по нормам обычного права;
3. введение законов, которые хотя и не отменяют обычное право, но все же предоставляют африканцам возможность регулировать свои правовые отношения на основе буржуазного права;
4. прямой запрет некоторых обычаев, признанных варварскими, например рабства и нанесения увечья.

*Третий этап* развития африканского права связан с получением государствами Африки национальной независимости. Здесь наблюдаются две тенденции. С одной стороны, сохранялись почти без изменений прежние принципы, законы и иные нормативные акты, привнесенные из других правовых семей. Устойчивость уклада жизни сказалась и в данной сфере. С другой стороны, интенсивно развивается национальная правовая система африканских государств.

К настоящему времени практически завершилась работа по унификации обычного права всех танганьикских племен. В некоторых африканских странах проводились реформы, ставившие целью создание единой кодификации и законодательных, и обычных норм. Они удались лишь применительно к отдельным отраслям права, например к уголовному.

В колониальный период в британских колониях (за исключением Сьерра-Леоне) действовал уголовный кодекс, основанный на английском общем праве. Наряду с этим местные суды рассматривали деяния как уголовные, руководствуясь сложившимися обычаями. После получения независимости некоторые страны включили составы, основанные на обычае, в уголовный кодекс. Большинство стран посту пило еще проще, отменив основанное на обычае уголовное право и провозгласив уголовный кодекс единственным актом, который определяет, какие действия считаются преступными, и устанавливает вид и размер наказания за них. Таким образом, обычное уголовное право как бы прекратило здесь свое существование.

Значительно сложнее оказалось проведение реформ в области брачно-семейного и наследственного права. Хотя такие попытки и делались, дуализм законодательного и обычного права в этих сферам не был преодолен.

В 1962 г. в Гане был опубликован проект закона о браке, разводе и наследовании. Однако судьба этого законопроекта оказалась неудачной. Трижды предпринимались попытки претворить его в жизнь, но безуспешно.

В Кении для поставленной задачи были учреждены две комиссии. Одна занималась вопросами заключения и расторжения брака, другая – вопросами наследования. Комиссии в сентябре 1968 г. представили итоговые отчеты. В них содержался перечень рекомендаций (и законопроектов), целью которых становилась замена разнообразных и по-разному применявшихся норм брачного и наследственного права – обычно-правовых, законодательных, английских прецедентов, исламских и индусских норм – одним кодексом, применимым ко всем кенийцам независимо от расовой и племенной принадлежности, вероисповедания.

Сказанное дает основание утверждать, что традиционное африканское обычное право бесспорно утрачивает, а в некоторых случаях уже утратило многие свои первоначальные черты. Оно в значительной своей части стало объектом систематизации и кодификации.

Хотя арбитраж, свойственный обычному праву, все еще практикуется и даже косвенно признается в некоторых странах, он испытывает неизбежное влияние идей о праве и судебных процедурах, которыми руководствуются современные официальные суды. В целом же он в значительной мере уступил место формализованной судебной системе, оснащенной детальными правилами разбирательства дел.

Основные тенденции развития права в условиях национальной независимости характеризуются, с одной стороны, преодолением колониальных наслоений, а с другой – ограничением регулирующего значения правового обычая по мере того, как расширяется круг общественных отношений, охватываемых действием национального законодательства.

Что касается возможностей учета элементов обычного права в процессе законодательной деятельности, то ученые справедливо говорят, что использование освободившимися государствами обычного права не может не носить ограниченного характера. Обычное право, по-видимому, может сохраниться лишь в той части, которая, получив в модифицированном виде законодательное закрепление, станет составной частью единой правовой системы, отражая особенности исторического развития народов Тропической Африки. Особенно важным здесь представляется сохранение и превращение в закон тех обычаев, которые издавна использовались общинным крестьянством для отстаивания коллективных начал производства в борьбе с феодально-племенной знатью, стремившейся подчинить общину своим интересам. Как показывает опыт правового строительства независимых государств Африки, национальное законодательство на первых порах сохраняет нить «преемственности» с исторически сложившимися нормами обычного права. Процесс вытеснения норм обычного права из сферы правового регулирования в африканских странах весьма сложен и длителен по своему характеру. В целом же главная тенденция развития обычного права в молодых государствах характеризуется ограничением регулирующего значения правового обычая и расширением круга общественных отношений, охватываемых действием национального законодательства.

Современный этап развития африканской правовой семьи 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. Общей тенденцией многих африканских стран является также постепенное формирование общетерриториальной правовой системы. С усилением роли конституционного права как юридического фундамента государственной независимости нормы обычного, колониального и английского права преобразуются в нормы общетерриториального права. Его источники еще находятся на этапе становления.

Латинская Америка сегодня освобождается, по-видимому, от пассивного подражания иностранным политико-правовым моделям. Усиливается тенденция учреждения и развития государственно-правовых и общественно-политических институтов местного, национального происхождения. Тексты конституций стали конкретно и более гибко учитывать изменяющиеся социально-экономические условия, а также политическую обстановку в мире вообще и в Латинской Америке в частности.

Усиливается региональное и одновременно взаимное правовое влияние стран Латинской Америки. Бразилия стремится к региональной интеграции с целью образования Латиноамериканского Содружества Наций.

Обычное же право в настоящее время становится объектом целе­направленных воздействий - систематизации и кодификации. Особенно успешно идет работа по кодификации карательных норм. Более неподатливыми являются правовые требования и принци­пы, тесно примыкающие к религиозно-богословским построениям либо к вопросам частного и общественного (общинного) правово­го общения, связанного с личными и имущественными отношени­ями в семье, общине, а также за их пределами.

Основными направлениями и способами переменможно счи­тать следующие: постепенное и подкрепленное законом внедре­ние современной судебной системы вместо традиционной, рецеп­ция и применение европейского права вместо норм и требований обычного права, введение норм и принципов европейского права в качестве сосуществующих с обычным правом, прямой запрет некоторых обычаев или традиционных форм регулирования конф­ликтов - рабства за долги, нанесения увечья в порядке мести или по принципу талиона и др.

**Тема 2.6. Российская правовая система**

**1. История развития российской правовой системы: формирование и особенности**

Становление и эволюция российской правовой системы происходили по общим закономерностям, присущим развитию любой национальной правовой системы, хотя в этих процессах были и свои особенности.

Русское право представляет собой весьма оригинальное явление на правовой карте мира и имеет тысячелетнюю историю. По мере становления и развития – от древнего права к средневековому и далее к советскому праву – оно приобретало все большее своеобразие. В XX столетии Россия дала миру принципиально новый тип правовой системы – социалистическое право, оказавшее значительное воздействие на правовые представления миллионов людей и повлиявшее на законодательство многих стран мира.

Русское государство с момента своего возникновения занимало обширнейшую территорию. Ее населяло множество народов, имевших разную культуру, психологию, верования и находившихся к тому же на различных стадиях исторического развития. Это предопределило длительное сосуществование весьма несходных правовых порядков на российских просторах.

Можно указать на три характерные черты русского права.

*Первая черта* – это неразвитость юридических традиций у российского населения, зачастую переходящая в правовой нигилизм, в отрицание самой необходимости и ценности права.

Государственная власть поддерживала и насаждала с помощью юридических средств господствующую идеологию, а та в свою очередь активно влияла на содержание правовых норм. Девять веков преобладания христианства и семьдесят лет «марксистско-ленинской идеологии» характеризуют *вторую черту* русского права, суть которой – идеологизация правовых норм, подчинение права идеологии.

Географическое положение русского государства и сосуществование и взаимодействие различных культур способствовали формированию *третьей характерной черты* русского права – слиянию в нем европейских и азиатских начал. Свойственные западной культуре юридические формы тесно соединялись в России с присущими Востоку коллективизмом, соборностью, общиной. Евразийский характер русской правовой культуры делает ее восприимчивой к иностранным влияниям.

Русское право выросло на основе восточнославянских, а отчасти финно-угорских и скандинавских (норманнских) юридических обычаев в конце I тысячелетия нашей эры. При возникновении и в первые века своего существования оно обладало всеми основными признаками древнего права в его восточном варианте. Однако внешние влияния, общение с более культурными народами, в первую очередь с наследницей Восточной Римской империи Византией, ускорили переход Руси к средневековому праву, что и произошло в XI–XII вв.

Замедленное изживание норм и институтов древнего права объясняется отставанием средневековой Руси в социально-экономическом развитии, а также политикой изоляционизма, которую православная страна проводила перед лицом более передовой католической и протестантской Европы: ограничение людских контактов и идеологическая неприязнь мешали заимствованию прогрессивных новелл в правовой сфере.

Древнейшим источником права на Руси были юридические обычаи. «Имяху обычаи свои, и закон отец своих, – сообщает Повесть временных лет, – и преданья, каждо свой нрав». Наиболее важный свод устных норм обычного права назывался «Закон Русский». Ссылки на него имеются в самых ранних из письменных памятников русского права – в договорах Руси с Византией (X в.).

Усиление княжеской власти способствовало возникновению законодательства, основу которого составляет «Русская Правда» – фундамент русского, украинского, белорусского и литовского права.

«Русская Правда» – важнейший памятник древнерусского права. Она включала в себя нормы различных отраслей права, и в первую очередь уголовного и процессуального. Источником «Русской Правды» было обычное право. Вместе с тем она обобщила отдельные законы, принимавшиеся князьями, т.е. означала определенную систематизацию права.

«Русская Правда» – светский судебник. Он был создан государственной властью и охватывал дела, подведомственные светским, государственным органам, не вторгаясь в церковную юрисдикцию, которая возникла с крещением Руси и была предусмотрена специальными княжескими уставами. Вместе с тем в некоторых сферах, на пример в наследственном праве, «Русская Правда» соотносилась с областью церковной компетенции.

В период средневековой раздробленности XIII–XV вв. среди источников русского писаного права на первое место по количеству и распространенности вышли княжеские грамоты. Они имели местное значение, и их действие не распространялось на всю территорию государства. Постановления этих грамот дополняли и развивали нормы «Русской Правды», приспосабливая их к новым условиям.

Прибывшие из Византии священнослужители привезли на Русь сборники византийского канонического права, нормы которого на протяжении нескольких веков постепенно внедрялись в русскую правовую систему. В результате подобной рецепции, заимствования появилась искаженная византийско-русская редакция законников, изданных в Константинополе после Свода Юстиниана – так называемой Кормчей книги. Нормы византийского права – в целом более передового, чем древнерусское, – использовались церковными судами, но в силу особой роли христианской религии в средневековом обществе они также оказали позитивное воздействие на светское законодательство Руси – России.

Русская церковь с момента введения христианства стремилась обеспечить защиту своих интересов от чьих бы то ни было посягательств. С этой целью она добилась издания специальных актов княжеской власти, получивших название церковных уставов. Данными документами определялось правовое положение православной церкви и духовенства, устанавливались круг дел, подсудных церковным инстанциям, а также разнообразные льготы для церкви и ее людей.

Развитие законодательства путем издания отдельных актов представляло много неудобств, так как в результате накапливался огромный несистематизированный юридический материал, разобраться в котором было весьма трудно. Многие грамоты просто терялись, а действующие противоречили друг другу. Следовательно, по мере объединения русских земель возникла потребность в кодификации существовавшего законодательного массива. Изменить разом нормы гражданского права было невозможно. Гораздо проще оказалось привести к одному знаменателю организацию судов и судопроизводство. Вот почему первые общегосударственные сборники законов, появившиеся после «Русской Правды», представляют собой процессуальные кодексы и называются судебниками. Первый судебный устав – Судебник 1497 г. – был издан князем Иваном III, второй, сменивший его судебник – Царский – появился в самом начале правления Ивана IV-в 1550 г.

Судебники систематизировали нормативные правовые материалы предшествующих региональных судебных грамот, в том числе Псковской и Новгородской, и подробно регламентировали ответственность за ряд новых для русского права преступлений: убиение государя, «посулы» (взятки судьям от тяжущихся) и др.

Наряду с Царским судебником в 1551 г. был составлен сборник церковного законодательства, который ввиду разделения его на сто глав получил позднее наименование Стоглав. Этот памятник русского права принимался церковным собором и содержал нормы об управлении православной церковью, о ее обрядах, о церковном суде.

Последовавшие за принятием Судебника 1550 г. дополнительные указы и постановления (1550–1649 гг.) стали собираться в центральных органах управления – в приказах – в своеобразные хронологические сборники правовых норм. Каждый приказ отбирал для себя те статьи или указы, которые относились к его ведению.

Развитие русского права в XV-XVI вв. способствовало появлению весьма уникального законодательного акта, который был подготовлен и принят Земским собором 1649 г., – Соборного уложения царя Алексея Михайловича. Соборное уложение подготавливалось более полугода и стало результатом творческой переработки многих предыдущих законодательных актов (судебников, грамот, указов), свода юридических норм Юго-Западной Руси (Литовский статут 1588 г.). Это важнейший из кодексов допетровской России, служивший основой русского права на протяжении почти двух веков, вплоть до издания i царствование Николая I Свода законов Российской империи. Соборное уложение 1649 г. было первым законодательным актом, который был действительно опубликован и разослан в виде книги по всей России. Отдельные нормы Соборного уложения были включены в Свод законов и таким образом действовали вплоть до свержения монархии в стране.

В течение первого полувека своего существования этот сборник русского законодательства был переведен на латинский и французский, немецкий и датский языки. В тогдашней Европе ни в одном из государств не было закона, объединяющего в себе все писаное уголовное, процессуальное и светское гражданское право. Таким образом, Россия, издав Уложение, опередила более передовые страны по уровню кодификации своего законодательства.

В отличие от обоих Судебников Уложение структурно подразделялось на главы, а главы состояли из статей.

В Соборном уложении не было твердого разграничения права и морали. Законодатель не только устанавливал норму поведения, но и мотивировал свои решения, читал нравственные сентенции: «...бить кнутом, чтоб иным таким неповадно было» (гл. X, ст. 252); оборонявшему дом хозяину «убийства в вину не ставити: не приезжай на чужой дом насильством» (гл. X, ст. 200); «...христианам подобает в церкви Божий стояти и молитися со страхом, а не земная мыслити» (гл. I, ст. 8).

Вторгаясь в сферу морали, Уложение в то же время оставляло без рассмотрения важнейшие юридические вопросы. В нем скудно освещены вещные и обязательственные отношения. В статьях Уложения нет изложения норм государственного права России времен царствования Алексея Михайловича. На основании Уложения невозможно представить себе государственное устройство и управление Московского царства. Этот свод русского законодательства середины XVII в. охватывал преимущественно нормы административного, финансового, уголовного и процессуального права.

За семь веков русское писаное право проделало значительную эволюцию. Однако оно не стало единственным источником русского права: подавляющее большинство населения – крестьяне – в повседневной жизни продолжали руководствоваться «заветами глубокой старины» – юридическими обычаями, которые существовали в их общине на протяжении многих столетий, практически не изменяясь.

В 1721 г. Россия была провозглашена империей. Но историю имперского права принято исчислять с 1696 г., когда Петр I стал единодержавным правителем России. Правовая система императорской России была направлена на утверждение государства как решающей силы в правотворчестве.

В 60-е годы XIX в. появляются благоприятные условия для развития правовых начал и в деле осуществления крупнейшей в истории страны правовой реформы, заложившей основы правовой государственности в России. Если предшествующая история характеризовалась некоторой задержкой правового развития (сильные общинные традиции, правовой нигилизм и т.д.), то конец XIX – начало XX в. знаменуются значительным подъемом в юридической сфере.

В течение двух столетий право Российской империи представляло собой сплав средневековой и западной правовых систем. Даже после реформ 60-х годов XIX столетия и 1905–1907 гг. в русском праве не были вытеснены остатки юридического средневековья: они сохранялись в важнейших сферах публичного и частного права. Однако, несмотря на переходный характер российской правовой системы в период империи, она как в дореформенное, так и в послереформенное время бесспорно относилась к романо-германской правовой семье. Юридической нормой считалось лишь установленное государственной властью правило, приказ суверена, обращенный к подданным. А судебная практика не признавалась полномочной творить право.

Единственным источником русского права в императорскую эпоху признавали закон. Обычай, игравший прежде определяющую роль в правотворчестве, отступил на задний план, утратил значение правообразующего фактора. Со времени царствования Петра I в качестве главного источника законодательства стали выступать соображения целесообразности и заимствования из иностранного права. Этим определялся реформаторский характер имперского законодательства.

Законы XVIII в. нередко переводились с немецкого и шведского языков и были гораздо менее понятны народу, чем Соборное уложение с его весьма оригинальной русской правовой терминологией.

В XIX в. юридическая терминология отстоялась, язык высших сословий остался недоступным для большинства населения. По мере распространения законодательных норм и народных представлений о праве возрастала потребность в широком опубликовании издаваемых юридических актов. Наряду с обычной рассылкой в государственные учреждения стали шире практиковать чтение указов населению. Обычно их читали в церквах, а в торговые дни – на ярмарках.

Важное место в истории развития русского права занимает кодификация, осуществленная комиссией во главе с М.М. Сперанским. Был повторен подвиг византийского императора Юстиниана, проведшего кодификацию римского права, и в семилетний срок была осуществлена грандиозная систематизация российского законодательства. Сначала проводилась работа по сбору и размещению в хронологической последовательности указов, международных договоров и важнейших судебных решений за 1649–1825 гг. В 1830 г. было опубликовано Полное собрание законов Российской империи (ПСЗ), включавшее все нормативные акты – от Соборного уложения до последних указов Александра I. Правовые акты, принятые до 1649 г., признавались недействительными и потому не были включены в Собрание законов.

В последующие годы это издание продолжалось: второе ПСЗ содержало около 62 тыс. актов правления Николая I и Александра II; третье ПСЗ включило нормативные правовые акты двух последних императоров и было доведено до 1913 г. Всего до 1917 г. было выпущено в свет 45 фолиантов, являвшихся средоточием большей части правовых актов Российской империи.

Составление ПСЗ, по мысли М.М. Сперанского, должно было служить подготовительной работой для составления Свода законов. Из Полного собрания были составлены специальные исторические своды (законодательства) по отдельным вопросам. Затем из сводов устранялось все недействующее, а законоположения, сохранившие силу, были сведены в определенную систему. М.М. Сперанский принял при этом за образец Свод законов Юстиниана, руководствовался же он правилами, преподанными Ф. Бэконом: исключение всех повторений; сокращение слишком многословных законов; из двух противоречащих друг другу законов предпочтение оказывать позднейшему.

Конечно, М.М. Сперанский не мог ограничиваться ролью простого собирателя действующих норм русского права. Чтобы логично соединить их, он иногда создавал новые юридические правила. Ярким примером подобного правотворчества, родившегося в результате учета передовых достижений западной юриспруденции, стало определение права собственности – первое в истории русского законодательства.

В соответствии с эволюцией законодательства развивалась и юридическая наука. Что касается русской либеральной правовой мысли – работ Б.Н. Чичерина, П.И. Новгородцева, Б.А. Кистяковского и др., – то она уже в то время находилась на уровне передовых правовых теорий. После революции 1905–1917 гг. Россия готовилась вое-

принять новые кодексы, которые отвечали бы передовым достижениям западноевропейского права. ,

История имперской юстиции четко разделяется на *два этапа. Первый* охватывал промежуток времени от реформ Петра Великого до утверждения Судебных уставов 1864 г.

Реформы, проведенные на первом этапе, смягчили средневековые черты российского правосудия.

*Во-первых,* судебные учреждения получили коллегиальное устройство.

*Во-вторых,* судебная функция стала автономной частью административно-управленческой деятельности.

*В-третьих,* был установлен контроль за юстицией со стороны специальных органов во главе с прокуратурой.

Однако суд оставался сословным: дворяне, граждане (мещане) и крестьяне судились - в различных учреждениях юстиции. Сословной идеологией был проникнут самый образ мышления суда. Его не удалось отделить от административной власти. Правосудие вершили не только специализированные органы, но и учреждения управленческие: губернские правления, полиции и др.

*Второй этап* правовой реформы длился полвека и был основан На четырех Судебных уставах 1864 г.: Учреждение судебных установлений, Устав уголовного судопроизводства, Устав гражданского судопроизводства и Устав о наказаниях, налагаемых мировыми судьями. Таким образом, была создана весьма оригинальная система правосудия.

*Во-первых,* суд отделился от административной власти.

*Во-вторых,* был введен гласный состязательный процесс: право обвиняемого на защиту обеспечивала впервые созданная в России адвокатура.

*В-третьих,* законодательство о суде установило презумпцию невиновности, а формальную силу доказательств заменило свободной оценкой их судом.

*В-четвертых,* сами судьи, как и судебные следователи (предварительное следствие было передано от полиции суду), стали несменяемыми по произволу власти и подлежали замене с соблюдением специальной процедуры только в случае совершения ими серьезных правонарушений.

*В-пятых,* был учрежден суд присяжных, обеспечивавший реальное и непосредственное участие населения в отправлении правосудия. Составители Судебных уставов не ограничились механическим переносом этого демократического института из западных государств.

Именно благодаря творческому усвоению зарубежного юридического опыта русский суд присяжных стал заметным шагом в развитии европейской правовой культуры. Например, важным новшеством в истории суда присяжных стала его аполитичность (дела о государственных преступлениях, о многих должностных правонарушениях оказались неподсудны суду присяжных в России).

Таким образом, развитие российской правовой системы в X–XIX вв., восприятие ею византийской культуры, православия, духа позднеримского права, а также североевропейских влияний позволяют сделать вывод о вхождении ее в романо-германскую семью правовых систем. При этом можно отметить следующие особенности особой - евразийской – разновидности.

*Во-первых,* высокая, приоритетная защита общих интересов, общего дела, дух соборности в ущерб личным притязаниям индивида, его правам и интересам.

*Во-вторых,* слабость личностного правового начала в культуре вообще.

*В-третьих,* широкое распространение неправовых регуляторов в обществе: моральных, морально-религиозных, корпоративных и т.д.

*В-четвертых,* отрицательное отношение православной религии к фундаментальным устоям правового общества и к праву, правовой культуре.

*В-пятых,* высокая степень «присутствия» государственности в общественной жизни, в государственной идеологии, огосударствление многих сторон общественной жизни, подчиненность права государству.

В 1917 г. в России начался коммунистический эксперимент – строительство социалистического общества. Этот эксперимент повлек за собой беспрецедентную по размерам попытку фундаментально изменить общество посредством права. Парадоксально, но при этом вне закона оказались любые неизменные ценности. Дореволюционное русское право было официально отменено, его теории развенчаны, его ценности отвергнуты.

На протяжении более чем семидесяти лет идеологический фундамент права неоднократно изменялся; появился новый правовой словарь и юридическая терминология; было выдвинуто требование выработки нового и более высокого типа права, качественно отличающегося от существующего в несоциалистическом мире.

Создание советской правовой системы означало появление в мировой истории:

- нового исторического типа права;

- одной из возможных разновидностей этого типа;

- первой конкретной социалистической правовой системы.

В первые годы после революции 1917 г. советское право формировалось как право sui generis, источником которого являлись не столько правовые нормы, сколько усмотрение правоприменителей, которые руководствовались «пролетарским правосознанием». Соответственно в российском праве и практике его применения превалировала тенденция не на сближение правовых норм с законодательством и юридической практикой его применения в других странах, а на их обособление. Особенно последовательно такая идеологическая установка претворялась в жизнь в сфере уголовной репрессии.

Переход в 1922 г. к новой экономической политике (нэп), неотъемлемой чертой которой было воссоздание товарно-денежных отношений, потребовал принятия новых законов, учитывающих нужды развития этих отношений. С этой целью был принят Гражданский кодекс (ГК) РСФСР, в основу структуры и важнейших положений которого была положена пандектная система.

Право РСФСР характеризовалось следующими особенностями.

1. Оно было насквозь идеологично: на смену господствовавшей прежде православной идеологии пришло засилье марксизма-ленинизма, за которым была закреплена роль новой государственной религии, защищаемой всем арсеналом юридических средств. Это сближало ее с религиозными правовыми системами, которые также основаны на идеологии (только религиозной) и зависят от официальных толкователей ее истин и положений. В советской правовой системе идеологизация находила свое выражение в строго классовом, а не юридическом, как в романо-германской или англо-американской правовых семьях, подходе к субъектам права.

В организационном плане идеологизация правовой системы отражалась в прямом вмешательстве коммунистической партии в юридическую практику – в правотворчество, правоприменение, юридическое образование, в кадровый юридический корпус.

2. Моноидеология создавала себе монособственность. Рассматривая частную собственность как абсолютное зло, господствующая идеология обусловила главное отличие права РСФСР от других правовых систем XX в.: оно было основано на обобществлении средств производства, а в отдельные периоды – и всей экономики в целом. Отмечался абсолютный примат интересов государства над интересами личности.

Законодательство и судебная практика относились с безразличием к личной собственности, обеспечивая собственности государственной и общественной всемерное поощрение и охрану. В результате в РСФСР не признавалось существование ни частной собственности, ни частного права. Понятие частного права было уничтожено.

В течение 70 лет в российском государстве было лишь публичное право. Жизнь людей строилась по распоряжениям и приказам партийно-государственных чиновников. Люди жили в условиях не только диктатуры партии, по и диктатуры права власти.

1. Право рассматривалось как явление, подчиненное государству. Естественно, государственные органы не считали себя связанными нормами права, что создавало почву для роста произвола и ущемления прав человека.
2. Правовая система базировалась на идее обязательств человека перед государством. Гражданину можно было делать лишь то, что ему разрешало государство. А государство могло запрещать все, что считало ненужным для строительства социализма. Если в сфере социально-экономического законодательства (право на труд, уравнение правового статуса мужчины и женщины, право на бесплатное образование и медицинское обслуживание) советское право оставалось мировым лидером вплоть до 70–80-х годов, то политические и личные права граждан нарушались постоянно. Отрицались международные стандарты прав человека.
3. В первые годы социалистического строительства в РСФСР во обще отрицалась необходимость права, которое считали ненужным наследием капиталистического общества. Это привело к юридическому нигилизму в обществе. Право оценивалось как еще более опасное, чем религия, снадобье, как опиум для народа (Г.А. Гойхбарг, М.А. Рейснер). Однако со временем возникло учение о постепенном «отмирании права» при коммунизме.

Отсюда и появление понятия «социалистическая законность»: законно и юридически обосновано все, что способствует построению коммунистического общества. В отличие от западных стран законность выступала не как рамка, ограничивающая произвольные действия индивида или государства, а как средство достижения целей, которые ставит себе общество. В этом состояла фундаментальная позиция, определяющая отличие рассматриваемой структуры от западных. Советское право обнаружило чрезвычайный динамизм юридических норм. За годы советской власти правовой режим сменялся не менее семи раз, и всякий раз – в годы гражданской войны и интервенции, нэпа, сталинизма, Великой Отечественной войны, «оттепели», застоя, перестройки – проводились существенные подвижки в правовой системе.

1. Право РСФСР характеризовалось декларативностью. В 1917– 1918 гг. в борьбе за поддержку народных масс большевики использовали декреты как средство агитации и пропаганды. Заведомо зная о нереалистичности тех или иных законообещаний, революционная власть использовала их как доказательство осуществления своих программных намерений. Но и в последующие десятилетия эта линия легко прослеживается в пятилетних планах, в Конституции, законодательстве гражданском и уголовном.

Декларативность законодательства РСФСР вызывалась не только внутри- и внешнеполитическими соображениями, но и задачами чисто воспитательного характера. Государственная идеология использовала правовые нормы с целью разрушить в людях эгоистические и антиобщественные установки поведения. При этом ей удалось преуспеть в подавлении частной инициативы.

8. Советское право отличала важная особенность – его федерализм. Поскольку союзные республики признавались суверенными субъектами советской федерации, в СССР с конца 50-х годов формально насчитывалось не менее 16 (15+1) правовых систем, а в каждой из республик должен был быть выражен дуализм правовых норм – союзных и местных. В 1918–1920 гг., когда советский федерализм формировался, действительно дуализм советского права имел место. Даже автономные образования могли иметь существенные различия в правовых нормах и институтах.

Однако уже в конце 20-х годов от подобной практики отказались и федерализм советского права приобрел полуфиктивный характер. Засилье союзного законодательства и крайняя степень унификации республиканских правовых норм (по своей природе предназначенных учитывать местные условия) достигли пика в период сталинизма в конце 30-х – начале 50-х годов. Затем эта тенденция ослабла, однако подлинного федерализма советское право до распада Советского Союза уже не достигло.

9. Дуализм правовой системы РСФСР возник по другой причине: он был порождением параллельного существования двух структур государственного управления – партийной (которая маскировала свою публично-правовую роль) и советской (которая служила фасадом для всевластия партийных комитетов сверху донизу).

1. Судебная система находилась в полной зависимости от партийно-государственного руководства, а ее деятельность отличалась карательной направленностью.
2. Роль закона в системе источников права сводилась практически на нет. В центре правовой системы стояли «руководящие» партийные директивы. А большинство вопросов повседневной жизни людей разрешались в многочисленных актах органов управления.

Правовая система РСФСР прошла несколько этапов в своей семидесятилетней эволюции, и перечисленные особенности были присущи этим этапам в разной мере.

*Первый этап* становления правовой системы характеризуется, с одной стороны, сломом старой правовой системы и правовых учреждений, максимальным революционным «творчеством» и произволом, а с другой – стремлением построить новую правовую систему (принятие Конституции РСФСР 1918 г., Гражданского, Уголовного, Земельного, Гражданского процессуального, Уголовно-процессуального кодексов, Кодекса законов о труде, построение новой судебной системы).

*На втором этапе* развития правовой системы РСФСР, с начала 30-х до середины 50-х годов, в стране действовал тоталитарный режим с практически полным уничтожением истинно правовых реалий, несмотря на фиктивно-демонстративные действия по принятию массы законодательных актов.

*Третий этап –* середина 50-х – конец 80-х годов – эпоха либерализации (со своими подъемами и спадами), приведшая к смене общественно-политического строя, распаду СССР и изменению всех ориентиров политико-правового развития, фундаментальных ценностей общественной системы в целом. Этот этап характеризовался некоторыми технико-юридическими достижениями в законодательной сфере (кодифицированы все основные отрасли права – УК, ГК, УПК, ГПК, КЗоТ, КоБС и др.), приняты Конституция РСФСР 1978 г., ряд законов декларативно-демократической направленности.

С перестройкой с конца 80-х годов XX в. началась кардинальная переделка правовой системы России. Сопровождается она весьма болезненными факторами: «война законов», острые противоречия между органами законодательной и исполнительной власти, «парад суверенитетов» национально-государственных и административно-территориальных единиц в бывшем Союзе ССР, а потом и в Российской Федерации, рост преступности, коррумпированности государственного аппарата и нарушения прав целых слоев и групп населения, и др.

К какой правовой семье относилась правовая система РСФСР? В западном сравнительном правоведении право РСФСР относили к семье правовых систем социалистических стран. Но нередко бывшее социалистическое право трактовалось в качестве разновидности романо-германского права. Социалистические революции трансформировали эти страны, но их правовое сходство с Западной Европой осталось.

Родство российского права с романо-германским правом не вызывает сомнений. В основе российского права лежат реципированные нормы римского права, очевидно, последующее стойкое влияние немецкой и французской правовых школ, все отрасли права в России кодифицированы. Одним из признаков самостоятельности отрасли права считается наличие кодификационного акта. В российской правовой системе всегда действовал принцип верховенства закона. И как бы ни была важна судебная практика, она всегда играла подчиненную законодательству роль.

С провозглашением государственной независимости Российской Федерации начался новый этап в развитии правовой системы. Было декларировано установление в новой России впервые за всю ее историю господства права. Проявилось искреннее желание воспринять позитивные правовые модели зарубежных стран. Наследие пролетарской революции, глубокое негативное отношение к праву, абсолютно недемократическую административно-командную систему нельзя искоренить одними лишь указами. Истинное правовое наследие прошлого может быть действительно оценено и использовано государством для поиска путей внедрения демократических ценностей, ориентирующихся на рыночные отношения, в образ мышления, юридический язык и в концепции новой, демократической правовой системы России.

**2. Российская правовая система в современных условиях**

Для последнего десятилетия XX в. самым значительным в развитии основных правовых систем современности является почти полное исчезновение с юридической карты мира социалистического типа права. Одна из главных тенденций развития права в постсоциалистических странах – это сближение с другими правовыми семьями. Применительно к России эта особенность проявляется в сближении российского права с романо-германской правовой семьей. Если переход к рыночной экономике и многообразию форм собственности предопределил быстрое развитие институтов частного права, то формирование правовой государственности и политический плюрализм обусловили развитие публичного права.

В международно-правовом плане включение России в «общее европейское правовое пространство», в «Европу правовых государств» стало одним из важных условий развития российского права в русле мировых тенденций правового развития.

В эволюции современной правовой системы России прослеживаются две основные тенденции. Это, с одной стороны, исключение из действующего российского права принципов, норм и институтов, которые были призваны подчеркнуть принципиальное отличие советского социалистического права от права буржуазного, а с другой –-появление в российском праве принципов, норм, институтов и даже отраслей, которые ранее считались исключительным атрибутом буржуазного права (например, торговое право и т.д.).

По своим основным юридическим классификационным признакам российское право всегда относилось к романо-германской правовой семье и продолжает оставаться таковым. Об этом свидетельствуют кодификационный характер российского права, структура правовой нормы, принципы верховенства закона и соответствующая иерархия источников права, основные принципы судебной организации и судопроизводства.

Глубокие экономические и политические преобразования во всех сферах общественной жизни открыли широкие возможности к сближению российского права с романо-германской правовой семьей не только по внешней форме, но и по содержанию.

Возникновение частного и публичного права в России в значительной степени было обусловлено социально-экономическим и политико-правовым развитием общества.

Это нашло свое отражение в следующих направлениях в области частного права:

*во-первых,* в признании многообразия форм собственности и определяющего значения частной собственности. Развитие отношений собственности, и прежде всего частной, приводит к возрождению частного права в России;

*во-вторых,* в развитии и создании юридических основ свободного предпринимательства. Рыночные отношения, т.е. имущественные, товарно-денежные отношения плюс налоговые, финансовые, трудовые, социальные и др., являются важнейшим источником частного права в России в материальном смысле;

*в-третьих,* в появлении рада ранее отсутствовавших институтов торгового права.

В сфере публичного права утвердились такие основополагающие признаки демократического правового государства, как:

1. конституционное провозглашение и практическая реализация принципа разделения властей;
2. конституционное признание первостепенной роли публичных прав и свобод граждан;

3) введение и развитие судебного конституционного контроля.

Благодаря этим и другим новейшим тенденциям традиционная близость русского дореволюционного и современного российского права к романо-германской правовой семье становится существенным фактором, способствующим сближению рассматриваемых правовых моделей.

Видимо, все это будет предопределять особенности и приоритеты развития российской правовой системы в XXI в.

Унификация законодательства и правовых концепций в ее международно-правовых формах является наиболее известным способом сближения российского права с романо-германской правовой семьей. Однако, как показывает практика, унификация права, которая должна пониматься в широком смысле, начиная с унификации национального законодательства и кончая кодификацией не законодательного характера юридической практики и обычаев, не есть самоцель, и она должна быть следствием практической потребности установления тесных контактов между государствами в сфере экономической, политической, культурной и социальной жизни.

Для формирования общего правового пространства не меньшее, если не большее, значение имеет такой путь сближения этих систем, как увеличение их общих черт, принципиальных установок, сходства правовых норм и соответственно судебной практики.

Интегрирование России в европейские юридические процессы, утверждение примата международного права ведут к тому, что в национальной правовой системе растет число единообразных норм и стандартов. Несмотря на это, правовое развитие России происходит преимущественно путем изменений национального права. При этом законодатель обращается не только к юридическому опыту романо-германской правовой семьи, но и к англо-американским правовым моделям. Заслуживает, в частности, особого рассмотрения вопрос о возможности использования в определенных пределах принципа прецедента. Однако, как правило, институты англо-американского права плохо вписываются в романо-германскую правовую систему. Действительно, как справедливо отмечает проф. У. Батлер, трудно принять дословно англо-американские концепции и советы, данные с благими намерениями представителями западных юридических кругов. Они просто непонятны принимающей их стороне, а западная сторона в свою очередь обычно не в состоянии понять правовую среду, в отношении которой она дает советы. Поэтому трудно согласиться на столь радикальные перемены правовой системы, в результате которых в России было бы «все, как в США и Великобритании», и установилась правовая семья общего права.

Учет зарубежного юридического опыта и сближение российского права с другими правовыми семьями не тождественны рецепции права, восприятию зарубежных правовых моделей. Они итог развития российского права в результате действия многих факторов, обусловливающих этот процесс в конкретно-исторических условиях России. Отсюда, в частности, возможность различной трактовки даже одноименных правовых институтов, отторжение практикой моделей, разработанных российским законодателем па основе зарубежного опыта. Впрочем, в советское время, в условиях централизованной плановой экономики и демократически неразвитой политической системы, основные правовые институты РСФСР при внешнем сходстве с институтами романо-германской правовой семьи существенно отличались от них. Отсюда можно сделать вывод, что сближение российского права с романо-германской правовой семьей не означает потери самобытности, особенностей, традиций, свойственных правовой системе России. Действительно, российское право, как и любая национальная правовая система, имеет свою специфику, и на нем не могли не отразиться политико-правовые события, происходящие в России; оно отвечает всем основным юридическим признакам романо-германской правовой семьи.

На наш взгляд, весьма спорен призыв выделить самостоятельную «славянскую правовую семью» и возвратиться, в частности, к правовой системе государств восточнославянской культуры. Самостоятельность традиций развития российской правовой системы, в том числе ее отличие от романо-германской правовой семьи, подчеркивает В.Н. Синюков. Он признает за Россией особую правокультурную самобытность, пытается вывести ее из «исконных культурно-правовых основ», из специфических особенностей «славянской правовой семьи», образованной странами славянского этнического происхождения. По его мнению, российская правовая система в будущем должна идентифицироваться в качестве основы правовой семьи как восточнославянских, так и тюркских народов бывшего Советского

Союза. А обращение к мировому правовому опыту (который называется однозначно западным), к интеграционным процессам, происходящим в европейских и иных регионах, возможно только на условиях политического и культурно-правового «ассимилирования входящих в СССР регионов в западное сообщество». Такое возвращение восточноевропейских стран в мировую культурно-правовую цивилизацию автор расценивает как «противоестественное вмешательство в их историческую судьбу, чреватое элиминацией этносоциальной специфики правовой культуры». Близкую этому точку зрения высказал и Р.Б. Головкин, писавший, что внедрение в правовую систему России концепций, сформировавшихся в романо-германской и англосаксонской системах права, не учитывающих различий духовных и нравственно-этических традиций Запада и Востока, пока преждевременно.

Следует отметить, что даже в Западной Европе, где происходят процессы объединения различных по своим культурно-историческим, религиозно-этическим и морально-психологическим ценностям государств (сравним, например, Грецию и Ирландию, Испанию и Норвегию), эти государства отнюдь не теряют своей самобытности и складывавшейся веками правовой ментальное.

Признавая справедливыми высказывания В.Н. Синюкова о реально существовавшей самобытной для России правовой системе восточнославянского типа, об особенностях состояния правосознания населения России, А.В. Мицкевич справедливо отмечает, что трудно увидеть те особенные формы законодательства или иных источников права, которые обеспечивали бы успешное развитие российской государственности в современных условиях. Россия вряд ли может избрать «самобытное», без ориентации на международный опыт развитие права, не рискуя снова (как это было совсем недавно) оказаться в международной изоляции. России предстоит жить не в «особой правовой семье», а в содружестве и взаимодействии со всеми правовыми системами мира.

Разумеется, что для этого российская правовая система должна идти своим путем, но вместе с основными правовыми системами современности. При этом не следует избегать ориентира на международно-правовые и передовые зарубежные юридические стандарты, в частности романо-германской правовой семьи.

Романо-германская правовая семья дает России не только исторически оправданный и упрочившийся выбор юридических конструкций (правопонимание, система и источники права, правоприменение), но и другие преимущества, вытекающие из признания общепризнанных принципов и норм международного права частью правовой системы России.

Все эти аргументы свидетельствуют о том, что романо-германская правовая семья в XXI столетии в основном остается правильным для России выбором.

Обратим теперь внимание на *формальные источники российского права*. Для того чтобы осветить вопрос об источниках современного российского права, нужно прежде всего подчеркнуть, что речь идет о праве, основным источником которого является закон.

Российское право – это преимущественно законодательное право. Оно развивается главным образом законодательным путем и характеризуется бурным обновлением текущего законодательства в связи с принятием новой Конституции Российской Федерации 1993 г. и изданием важных нормативных правовых актов.

Конституция Российской Федерации закрепляет следующие фундаментальные принципы системы источников права.

*Во-первых,* признание человека, его прав и свобод высшей ценностью, а соблюдение и защиту прав человека и гражданина – обязанностью государства (ст. 2). Конституция признает права и свободы человека «непосредственно действующими» (ст. 18). Все это означает, что любой закон или иной нормативный акт может считаться правомерным только при условии соблюдения им прав человека.

*Во-вторых,* признание за Конституцией Российской Федерации и федеральным законодательством верховенства и высшей юридической силы на всей территории России (п. 2 ст. 4 и п. 1 ст. 15). Все законы и иные нормативные правовые акты, принимаемые в Российской Федерации, не должны противоречить Конституции. Принцип верховенства законов регулируется с учетом особенностей разграничения полномочий и предметов ведения между Федерацией и ее субъектами.

*В-третьих,* закрепление приоритета общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерацией перед национальным правом (п. 4 ст. 15).

Источниками российского права являются: *закон, иной нормативный правовой акт, обычай, договор, судебная практика, общие принципы права, международно-правовые акты.*

Для современной правовой системы России характерно признание приоритетным источником права *закона.*

*Конституция* – важнейший источник российской правовой системы. Она может рассматриваться как источник права в следующих значениях:

1. Высшая юридическая сила Конституции проявляется, во-первых, в том, что нормы законов и иных нормативных правовых актов должны соответствовать нормам Конституции, и, во-вторых, в том, что сами законы и иные нормативные правовые акты принимаются предусмотренными Конституцией органами и в установленном ею порядке.
2. Конституция России имеет прямое действие.
3. Российская Конституция в определенной степени формирует структуру федерального законодательства, т.е. в ряде статей оговаривает, какие и в каких случаях должны быть изданы законодательные акты.
4. Конституция России указывает на особую значимость как источника права гл. 1 «Основы конституционного строя». Никакие по правки, изменения, вносимые в Конституцию, не могут противоречить положениям этой главы. Глава 1 Конституции является источником самого конституционного законодательства.

В качестве источников российского права выступают также *федеральные конституционные законы, федеральные законы и законы субъектов Российской Федерации.* Роль законов в системе источников российского права будет возрастать. Законы должны быть социально обусловлены и материально обеспечены.

Доминирующая роль закона не исключает, однако, важного значения других факторов, воздействующих на развитие российского права, в том числе его источников.

Что касается *иных нормативных правовых актов,* то наблюдается расширение «указного законодательства», засилье ведомственного нормотворчества. Весьма важно соответствие иных нормативных правовых актов законам.

В современном российском законодательстве все большее признание получает *обычай* как источник права. Гражданский кодекс России признает в общей форме, а не для отдельных отношений возможность применения обычаев делового оборота, не противоречащих закону или договору (ст. 5 и 6 ГК). Применение обычая предусмотрено и Семейным кодексом.

Новым явлением для российской правовой системы является заключение нормативных *договоров* и соглашений между органами Федерации и ее субъектов. Это договоры о разграничении предметов ведения и полномочий между органами Российской Федерации и органами субъектов Федерации. Первый из таких договоров был заключен 31 марта 1992 г. и получил название Федеративного Договора. Он сыграл важную роль в деле сохранения и упрочения единства России как Федерации нового типа.

*Судебная практика* занимает важное место в российской правовой системе. Если в советское время признание судебной практики трактовалось как покушение на принципы социалистической законности и верховенства закона, то в современный период все больше ученых-юристов признают судебный прецедент источником российского права. Считается, что Россия в отличие от стран англо-американской правовой семьи пойдет своим путем в деле становления актов судебной власти в качестве источника права. Так, в настоящее время многие решения Конституционного Суда России (например, о неконституционности тех или иных правовых норм), по существу, являются источником права.

Следует отметить, что судебный прецедент имеет качество производного от законодательства: ни одно из судебных решений не должно иметь преимущество перед законом. Вместе с тем признание судебной практики источником права значительно повысит роль суда и правосудия в жизни общества, придаст российской правовой системе динамизм, повысит эффективность правоприменения.

*Общие принципы права* являются источником российского права. Они могут использоваться как источники права в двух случаях:

во-первых, в случае наличия пробела в праве, когда необходимо применение аналогии права;

во-вторых, в случае издания таких нормативных правовых актов, необходимость принятия которых прямо вытекает из принципов права.

*Международно-правовые акты* признаются важнейшими источниками российского права. Согласно п. 4 ст. 15 Конституции, общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Порядок реализации указанных норм международного права весьма разнообразен для разных отношений, и практика их применения все более расширяется. Она охватывает не только сферу частного права (гражданского, семейного, трудового), но и права публичного, что, прежде всего, относится к деятельности правоохранительных органов и судов.

Органы государственной власти в своей деятельности обязаны не только соблюдать нормы международного права, но и принимать в пределах своей компетенции меры, необходимые для их соблюдения.

Следует обратить внимание также на право каждого российского гражданина (в соответствии с международными договорами Российской Федерации) обращаться в международные органы по защите прав и свобод человека, например, в Европейский суд по правам человека, в соответствующие комиссии и комитеты ООН, если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты. В основе признания права граждан на обращение в межгосударственные органы лежат:

*во-первых,* процесс возрастания роли международных организаций в деле защиты прав и свобод человека;

*во-вторых,* признание Россией юрисдикции межгосударственных органов по защите прав и свобод человека.

*Таким образом,* система источников российского права отражает традиционную для всех стран романо-германской правовой семьи концепцию, согласно которой право не создается априорным путем и не содержится исключительно в законодательных нормах.

Конституция Российской Федерации 1993 г. значительно отличается от прежнего Основного закона 1978 г., который так и не смог преодолеть свое советское социалистическое происхождение. Если охарактеризовать новую Конституцию России в контексте мирового конституционного опыта, то можно сказать, что она последовательно вписывается в ряд конституций «второго поколения», принятых в европейских странах после окончания Второй мировой войны.

Основные конституционные принципы сформулированы в гл. 1 Конституции Российской Федерации «Основы конституционного строя». К их числу относятся:

- народовластие, осуществляемое через представительные органы и непосредственно (референдум);

- человек, его права и свободы как высшая ценность;

- федерализм, сочетающий разумную централизацию с широкой децентрализацией;

- разделение властей;

- политический и идеологический плюрализм;

- правовое, социальное, светское государство;

- свобода экономической деятельности и равноправие форм собственности.

Никакие другие положения Конституции не могут противоречить этим принципам. Соответствующие статьи не могут быть пересмотрены парламентом – Федеральным Собранием РФ. Для этого нужно принять новую Конституцию путем достаточно сложной процедуры. Новая российская Конституция относится к числу «жестких» в том, что касается ее изменения и внесения в нее поправок.

Весьма широко распространено мнение о том, что Конституция РФ 1993 г. построена по французской модели (имеется в виду Конституция Франции 1958 г. Это утверждение справедливо лишь частично). Конституция РФ 1993 г. во многом (речь не идет об основных конституционных принципах) отлична от французской модели. Достаточно вспомнить, что Россия в отличие от унитарной Франции – федеративное государство. Однако если говорить о предусмотренной Конституцией РФ 1993 г. форме правления, то здесь близость к французской модели очевидна. Россия, как и Франция, – республика президентского типа, причем обе они отличны от президентской республики американского образца.

Несомненная близость российской Конституции к французской модели обнаруживается:

- в порядке избрания Президента;

- в его роли в формировании и деятельности правительства;

- в круге иных полномочий Президента как главы государства;

- в праве роспуска нижней палаты парламента в порядке, предусмотренном Конституцией;

- в ответственности правительства перед парламентом.

Если от юридического сравнения перейти к политологическому, то можно сказать, что Конституция РФ 1993 г., которую называют «ельцинской», выполняла ту же задачу некоторого ограничения вышедшего за разумные рамки парламентаризма и перераспределения компетенции в пользу президентской власти, что и в свое время «де-голлевская» Конституция во Франции.

В треугольнике «президент – правительство – парламент» позиции российского Президента несколько сильнее, чем французского, но это связано главным образом с недостаточным развитием партийной системы в России. Здесь нет партии, могущей претендовать на парламентское большинство, и правительство формируется на непартийной основе. Однако по мере формирования партийной системы в России близость к французской модели может стать еще более очевидной.

Сходство форм правления не исключает – и это естественно – и ряда различий, как, например, определение круга законодательной компетенции парламента или то, что по Конституции РФ Президент не является формально главой исполнительной власти.

Много в российской Конституции положений, которые дают основание говорить о влиянии на нее Основного закона ФРГ 1949 г. Это прежде всего восприятие концепции основных прав как непосредственно действующего права. В сущности, ст. 18 Конституции РФ воспроизводит в более широкой редакции абз. 3 ст. 1 Основного закона ФРГ.В то же время каталог прав и свобод человека и гражданина в Конституции РФ шире, чем в Основном законе ФРГ. Это связано главным образом с временным фактором, в особенности с тем, что в 1993 г. стандарты прав и свобод, разработанные международным правом, ушли далеко вперед по сравнению с серединой XX в. Конституция РФ признает примат этих стандартов, равно как и других общепризнанных принципов и норм международного права.

Немецкую модель напоминает и порядок формирования верхней палаты российского парламента – Федерального Собрания РФ. Если его нижняя палата – Государственная Дума – формируется путем прямых всеобщих выборов, то в верхнюю палату – Совет Федерации – входят по два представителя от каждого субъекта (члена) Российской Федерации: по одному от представительного и от исполнительного органов. Это одно из следствий федерального устройства России.

Следует указать и на сходство институтов судебного конституционного контроля. Созданный в 1991 г. Конституционный Суд РФ был с самого начала, особенно по компетенции, похож на свой аналог в ФРГ (контроль за конституционностью законов, споры о компетенции, федеральные конфликты по вертикали, конституционные жалобы граждан, проверка конституционности политических партий).

Российская Конституция 1993 г. сохранила Конституционный Суд как важный фактор формирования правовой государственности. Статья 125, посвященная Суду, одна из самых больших в конституционном тексте. Хотя из компетенции Конституционного Суда исключен вопрос о проверке конституционности политических партий, тем не менее, аналогия с компетенций Конституционного Суда ФРГ остается.

Следует особо отметить возложенную на Суд обязанность давать в необходимых случаях толкование Конституции РФ (п. 5 ст. 125). Ранее Конституционный Суд, используя формально-позитивистские установки, отказывался от этого, равно как от решения коллизий между конкретными нормами Конституции и конституционными принципами.

По Конституции РФ 1993 г. обычные суды получили право обращаться в Конституционный Суд с просьбой о проверке конституционности закона, который должен быть применен для решения конкретного дела (п. 4 ст. 125).

Можно, разумеется, увидеть немало общего в государственном устройстве России и других федеративных государств, в том числе и ФРГ, например разделение компетенции на федеральную, совместную (конкурирующую) и субъектов федерации – земель. Однако в целом федеративное устройство России (гл. 3 Конституции) достаточно уникально И дело не только и даже не столько в том, что Российская Федерация самая большая по числу ее членов (89) Основное это то, что она одна из немногих построена по национально-территориальному принципу, что и привело (и это не менее важно) к ее асимметричности, корни которой лежат в прошлом

С образованием после распада СССР России как самостоятельного независимого государства быстро пошел процесс превращения ее псевдофедеральной, а в действительности сверхцентрализованной политической структуры в реальную Федерацию. На исходной стадии этого процесса регионы страны оказались в неравном положении. В государственном устройстве бывших СССР и РСФСР по сугубо этническому принципу из всех регионов выделялись автономные республики, статус государственности которых был намного выше, чем у других территориальных образовании в стремлении этих республик (отказавшихся от определения «автономные») к особому суверенному статусу, отличному от статуса других регионов, и заключены корни асимметричности Федерации, что предполагает возможность различия в правовом статусе ее субъектов

Конституция РФ 1993 г сделала значительный шаг по пути преодоления этой асимметричности. Она впервые ввела общее понятие «субъект Федерации», подчеркнула равноправие этих субъектов, но последовательно провести важнейший принцип федерализма ей не удалось Конституция существенно сблизила статус республик (их 21) и других субъектов Федерации, но, тем не менее, можно сказать, перефразируя формулу Оруэлла, что хотя «все субъекты Федерации равны, некоторые из них более равны, чем другие» За республиками сохранен титул государства, которого не имеют другие субъекты Федерации Практические последствия этого могут быть различными Однако в сложившейся ситуации вопрос не мог быть решен путем объявления всех субъектов Российской Федерации республиками или, наоборот, лишения республик этого статуса

Разумеется, возможны конкретно-исторические ситуации, когда один и даже несколько субъектов Федерации оказываются в особом экономическом и политическом положении, нуждаются в дополнительных правах. Возможно и временное ассоциированное членство. Однако такая асимметрия, во-первых, должна рассматриваться как переходное состояние; во-вторых, она не может быть результатом лишь одностороннего волеизъявления данного субъекта федерации; в-третьих, она не может иметь следствием появление в составе федерации суверенных независимых государств, что противоречит самому понятию федерации.

Конституция РФ, предоставляя широкие права субъектам Федерации, одновременно предусматривает ряд положений, призванных обеспечить целостность и необходимую централизацию государственного устройства. К ним относятся: верховенство федеральной Конституции и федерального законодательства, единство экономического пространства, единая валюта, единый государственный язык и т.д.

Новая Конституция Российской Федерации сходна с западными конституциями и в том плане, что в отличие от своих предшественниц она не стремится навязать обществу заранее предопределенный в соответствии с господствующей идеологией экономический строй. Но гарантируя равенство всех форм собственности, свободу экономической деятельности, свободное перемещение товаров и капиталов, она открывает широкие возможности для свободного развития гражданского общества, формирования новой, возможно, рыночной, возможно, смешанной, но, во всяком случае, более рациональной, чем прежняя, экономической структуры общества.

После провозглашения государственной независимости в новой России законодательство существенно обновилось. Функционирует профессиональный парламент. Вследствие этого значительно ускорились темпы законодательной деятельности, которые соответствуют теперь показателям стран романо-германской правовой семьи. Некоторые отрасли законодательства создаются заново. Закон постепенно занимает ведущее положение в правовом регулировании общественных отношений.

Для развития современного российского законодательства характерны процессы интеграции и дифференциации правового регулирования. До 90-х годов XX в. в развитии системы российского законодательства преобладали процессы дифференциации. Это привело, в частности, к появлению таких новых отраслей законодательства, как законодательство в области социального обеспечения, отделившееся от трудового законодательства, и бюджетное (финансовое) законодательство, вычленившееся из административного.

Переход к рыночным отношениям и правовому государству сопровождается интеграцией законодательного регулирования как следствием возрождения публичного и частного права. Наиболее характерный пример – максимально широкая трактовка в ГК России круга отношений, регулируемых гражданским законодательством.

В результате интеграционных процессов увеличиваются договорные (фактически гражданско-правовые) элементы в ряде отраслей российского законодательства, прежде всего в семейном, трудовом, праве земле- и природопользования и др.

Главное новшество в семейном законодательстве России состоит в появлении института брачного договора и расширении круга возможных возмездных и безвозмездных соглашений между членами семьи. Вместе с тем это не привело к поглощению семейного законодательства гражданским, о чем свидетельствует, в частности, существенное расширение Семейным кодексом России специфических для данной отрасли законодательства прав ребенка в соответствии с требованиями международного права.

В условиях переходного периода развитие земельных отношений и отношений природопользования делает необходимым постепенное внедрение в юридическую регламентацию соответствующих отношений начал рыночных, в особенности частноправовых. В XXI в. земельное, лесное, водное и горное законодательства будут активно развиваться как самостоятельные отрасли.

Общемировая тенденция вычленения трудового законодательства из гражданского явилась в начале XX в. важным шагом на пути защиты прав трудящихся.

Административное законодательство составляет ядро российского публичного права. В этой отрасли законодательства продолжают развиваться интеграционные процессы. Вслед за отраслью финансового законодательства от административного отпочковалось в качестве самостоятельной отрасли финансовое законодательство.

В современной системе российского законодательства можно наблюдать изменения, происходящие, хотя и в разных объемах, в трех ее структурах: во-первых, в иерархической; во-вторых, в федеративной; в-третьих, в отраслевой.

В иерархической структуре российского законодательства изменения связаны, прежде всего, с возрастанием роли указов Президента Российской Федерации. В федеративной структуре меняется природа федеральных законов по вопросам совместного ведения Федерации и ее субъектов (на место основ законодательства приходят кодексы). До конца не решен вопрос о юридической природе и силе соглашений, заключенных между органами исполнительной власти России и ее субъектов. Отраслевая структура российского законодательства подвергается сильному влиянию изменений, происходящих в системе права. При этом одновременно можно наблюдать проявление в системе законодательства как процессов интеграции, так и процессов дифференциации, под влиянием которой стали выделяться новые отрасли законодательства: об охране здоровья граждан, об образовании, сельскохозяйственное законодательство.

О важности интеграционных процессов в системе российского законодательства можно судить по тому, в какой мере его эффективность зависит от завершенности процессов формирования тех или иных законодательных массивов. Так, законодательство по борьбе с преступностью функционирует не в полную силу из-за отсутствия нового УПК России. Такое же влияние оказывает на цивилистическое процессуальное законодательство отсутствие нового ГПК.

Исследование и значение тенденций развития системы российского законодательства необходимо для рациональной организации учета нормативных правовых актов и их систематизации, а также для создания Свода законов России и сводов законов ее субъектов.