

**Конспект лекций по дисциплине
«Правовые системы зарубежных стран»
(сравнительное правоведение)¹**

¹ Составлен на основе литературных источников и Интернет-ресурсов

СОДЕРЖАНИЕ

Определение сравнительного правоведения	4
Возникновение сравнительного правоведения.....	5
Предмет сравнительного правоведения	9
Значение сравнительного правоведения	15
Сравнительное правоведение как наука и учебная дисциплина	18
Методология сравнительного правоведения	22
Сравнительно-правовой метод – частнонаучный метод юридической науки	23
Теория сравнительно-правового метода	26
Сравнительное правоведение. Основные виды исследований	28
Функции сравнительного правоведения	36
Образовательная функция сравнительного правоведения	41
Практическая функция сравнительного правоведения	43
Международная унификация права	47
Правовая семья - специфическая категория сравнительного правоведения	53
Правовая система - основные понятия сравнительного правоведения.....	53
Классификация основных правовых систем современности	55
Определение правовой карты мира	56
Критерии классификации правовых систем	57
Учение о правовых семьях	62
Сравнительное правоведение и международное право	65
Сравнительное правоведение и международное частное право	68
Европейское право и сравнительное правоведение	70
Общая характеристика романо-германской правовой семьи.....	72
Структура права романо-германской правовой семьи	75
Источники романо-германского права.....	78
Французская и германская правовые группы	85
Правовые системы Скандинавских стран	90
Историческое развитие правовых систем Скандинавских стран	91
Унификация и гармонизация законодательства Скандинавских стран	95
Особенности правовых систем Скандинавских стран	97
Источники скандинавского права.....	100
Правовые системы стран Латинской Америки.....	103
Особенности правовых систем стран Латинской Америки	104
Кодификация и источники латиноамериканского права	106
Правовая система Японии	108
Послевоенное развитие японского права. Влияние американского права	112
Особенности правопонимания японцев. «Живое право»	115
Социалистическое право как особый исторический тип права	119
Европейские социалистические системы.....	123
Советская правовая система	129
Правовые системы социалистических государств Азии	136
Правовая система Кубы	141
Правовая система Англии.....	145
Структура, источники и основные группы английского общего права.....	147
Прецедентное право Англии	150
Характерные черты английского общего права	151
Правовая система Шотландии.....	155
Правовая система США	158
Понятие и основные категории правовой системы США	163

Источники американского права	168
Особенности современного американского права	172
Современные тенденции развития американского права.....	173
Правовые системы стран Британского Содружества	174
Классификация национальных правовых систем стран Британского Содружества	176
Прецедентное право и общее правовое наследие стран Британского Содружества	178
Особенности правовых систем Канады, Австралии и Новой Зеландии	180
Мусульманская правовая семья	191
Основные мазхабы и источники мусульманского права.....	194
Ведущие отрасли мусульманского права. Современное мусульманское право	201
Влияние английского общего права на индусское право	208
Современное индусское право	210
Правовые системы стран Дальнего Востока.....	212
Дальневосточная концепция права	218
Правовая система КНР	221
Африканская правовая семья	222
Традиционное африканское обычное право	224
Влияние основных правовых семей на традиционное африканское обычное право	227
Современные правовые системы африканских стран	229
Смешанные правовые системы	231
Правовые системы канадской провинции Квебек и американского штата Луизиана	232
Правовая система Израиля	234
Правовая система ЮАР	239
Другие смешанные правовые системы.....	242
Российская правовая система	243
Правовая система Российской Федерации и романо-германская правовая семья.....	256
Тенденции развития современного российского законодательства.....	261

Определение сравнительного правоведения

Что такое сравнительное правоведение? Ответ на этот простой с виду вопрос пыталось дать не одно поколение юристов-компаративистов. Действительно, такой ответ не может быть абсолютно однозначным. Сравнительное правоведение не является, очевидно, школой современной общей теории права в том смысле, в каком мы говорим, например, о неокантианской или экзистенциалистской философии права. Общественно-политическая, практико-прикладная, научно-теоретическая и учебно-педагогическая роль сравнительного правоведения в юридической жизни различных стран показывает, что оно выросло в целое движение и сформировалось как самостоятельное научное направление юридических исследований.

Термин «сравнительное правоведение» имеет тройное значение: метод, наука, учебная дисциплина.

Сравнительное правоведение как метод является одним из важных научных средств изучения правовых явлений. Благодаря применению сравнительного метода становится возможным выявить общее, особенное и единичное в правовых системах современности.

Сравнительное правоведение как наука – это совокупность научных знаний о правовых системах современности, материально представленная множеством книг, брошюр, статей, научных докладов.

Сравнительное правоведение как учебная дисциплина – это предмет преподавания в высших учебных заведениях.

В данном курсе лекций сравнительное правоведение рассматривается преимущественно как наука и учебная дисциплина; вопросы же применения сравнительного метода для решения конкретных научно-практических правовых проблем, т.е. «сравнительного законодательства», задачи и объекты применения сравнительного метода, т.е. теория сравнительного метода, не являются предметом рассмотрения в данном учебнике. При употреблении термина «сравнительное правоведение» речь идет о науке сравнительного правоведения, о комплексном и сравнительном изучении правовых систем современности, а также об учебной дисциплине.

Сравнительное правоведение как наука и учебный курс в каждой стране имеет свои особенности. В разных странах применяются неодинаковые доктринальные подходы ученых к предмету сравнительного правоведения, даже в одной и той же стране нередко существует несколько школ и направлений.

Само название сравнительное правоведение имеет семантические различия. Наряду с термином «компаративизм» употребляется и традиционное название, но оно в различных странах неодинаково: французы говорят «droit compare»; англичане и американцы – «Comparative Law»; немцы – «Rechtsvergleichung» и т.д. Наблюдаются большие расхождения не только между разными языками, но и внутри одного и того же языка: «Comparative Law – Law Comparison – Comparative Jurisprudence», «Rechtsvergleichung – vergleichende Rechtslehre – vergleichende Rechtswissenschaft» («сравнительное правоведение – сравнительное право – правовое сравнение – сравнение права» и т.д.). Во многих странах мира наиболее употребим термин «сравнительное право».

Противники сравнительного правоведения часто использовали довод, что такого права, как системы норм, не существует, но никто и никогда не утверждал, что есть такая отрасль позитивного права. «Всякие сомнения относительно сравнительного права исчезнут, – подчеркивал английский юрист Х. Гаттеридж, – если признать, что это выражение означает метод изучения и исследования и что сравнительное право не есть отрасль или специальный раздел права». «Это – очевидная истина», – писал известный французский компаративист Р. Давид. Лишь некоторые ученые вкладывали в понятие «сравнительное право» тот же смысл, какой они ранее вкладывали в понятие «естественное право», т.е. не существующее в качестве позитивного некое идеальное право. Но в отличие от естественного права, принципы которого устанавливались априорным путем, принципы образцового сравнительного права, по их мнению, можно было бы вывести путем сравнительного изучения действующих позитивных правовых систем, что затем могло привести к созданию единой правовой системы «цивилизованных» наций.

Возникновение сравнительного правоведения

Сравнительное правоведение прошло большой и сложный путь развития, который продолжается и по сей день – уточняются его цели и задачи. Для исторической эволюции юридической компаративистики характерны как подъемы, сопровождающиеся необоснованными попытками придать сравнительному правоведению универсальное значение в преобразовании права различных государств и народов, так и спады, когда в нем видели лишь одно из вспомогательных технико-юридических средств при изучении права, что приводило к неоправданному преуменьшению его роли.

Возникают закономерные вопросы: с какого момента берет свое начало сравнительное правоведение? Можно ли считать сравнительным правом все то, что появилось в течение давно прошедших веков при сопоставлении отдельных юридических институтов или целых правовых систем? Можно ли отнести все эти ранние понятия к области понятия «сравнительное право» или «сравнительное правоведение»?

В юридической компаративистике ответ на эти вопросы дан в двух вариантах. Сторонники первого варианта настаивают на древнем происхождении сравнительного правоведения. Исходным моментом для них является использование античными и средневековыми философами и законодателями сравнения как метода исследования в целях решения конкретных проблем. В подтверждение этого они, как правило, приводят составленные с использованием сравнительных данных древнегреческие законы Солона и Ликурга, разработку в Древнем Риме Законов XII таблиц, образование римского права с его делением на *jus civile* и *jus gentium*, выведение из обычаев различных местностей принципов общего обычного права во Франции в XV в. и принципов немецкого частного права в Германии в XVIII в., сопоставление общего права с каноническим правом в Англии в средние века.

Все это дало основание Р. Давиду писать о том, что «сравнение правовых систем, соседствующих на географической карте, – дело столь же давнее, как и сама правовая наука».

Греческий ученый Г. Маридакис говорил, что Аристотель, чтобы сделать выводы о закономерностях политической организации, собрал, сравнил и проанализировал конституции 158 греческих и варварских городов.

Большая роль в развитии сравнительного правоведения отводится также великим представителям эпох Возрождения и Просвещения, составившим планы общественных реформ на основе естественно-правовой доктрины. При этом французы ведут сравнительное право от Ш. Монтескье, который в своем труде «О духе законов», как известно, прибег к сопоставлению различных правовых систем и строил свое понимание права на предположениях относительно причин различий между этими системами.

В английской компаративистской литературе бытует мнение, что основателем сравнительного правоведения является Ф. Бэкон, который широко пользовался сравнением, разрабатывая собственный индуктивный метод, особенно при составлении своих таблиц сходства, различия и сопутствующих изменений.

По мнению же немецких юристов, первым, кто выдвинул идею о сравнении правовых систем, был Лейбниц.

Представляется, что все-таки и Монтескье, и Бэкона, и Лейбница нельзя считать основателями сравнительного правоведения. Их можно назвать лишь предвестниками сравнительного права.

Сторонники второго варианта (М. Ансель) датируют время рождения сравнительного правоведения второй половиной XIX в., а иногда 1869 г. – годом основания французского Общества сравнительного законодательства, или даже 1900 г. – годом проведения I Международного конгресса сравнительного права.

Как объяснить столь резкое различие в определении времени возникновения сравнительного Правоведения? Объясняется это, прежде всего, различным пониманием самого Предмета сравнительного правоведения. Те, кто в сравнительном правоведении видит простой метод познания и изучения иностранного права, заимствование его в праве другой страны, считают, что истоки сравнительного правоведения находятся в глубокой древности. Те же, кто признает сравнительное правоведение самостоятельной наукой или научно разработанным и систематически применяемым методом, правы в том, что такое сравнительное правоведение сложились значительно позднее, т.е. во второй половине XIX в., с утверждением национальных правовых систем, вобравших в себя исторические особенности развития каждой из западных стран.

Характерна позиция немецкого компаративиста Л.-Ж. Константинеско. Приводя точки зрения представителей двух вышеназванных направлений, он пишет, что можно, пожалуй, найти аргументы в поддержку обоих мнений. Все зависит от того, как определяют право и его место в науке. Если свести его к мыслительной операции, сопоставляющей сходные объекты, то окажется, что корни сравнительного права действительно уходят в далекое прошлое. И наоборот, если под ним понимать деятельность в целях последовательного сближения правовых систем, то придется согласиться со вторым мнением.

Таким образом, исторически произошло так, что в отличие, например, от общей теории права или философии права, сравнительное правоведение сложилось как самостоятельная научная дисциплина лишь во второй половине XIX в., точнее, в последней его четверти.

Становление и оформление сравнительного правоведения в самостоятельную ветвь правовой науки неотделимо от всего комплекса социально-

политических изменений, которые сопровождали развитие национальных правовых систем. Это относительно позднее возникновение сравнительного правоведения объясняется двумя факторами, достаточно очевидную связь между которыми отдельные компаративисты либо вообще не признают, либо стараются не особенно подчеркивать. Один из таких факторов носит социальный характер, другой связан с внутренней логикой развития правовой науки. Этот второй фактор особенно часто выдвигается в компаративистской литературе на передний план. В качестве примера укажем, в частности, на позицию Л.-Ж. Константинеско, автора, пожалуй, одного из наиболее детальных очерков истории возникновения и развития сравнительного правоведения. Аналогичной точки зрения придерживаются и такие корифеи юридической компаративистики, как Х. Гаттеридж, Р. Давид, М. Рейнстайн и др.

Потребности в сравнительном правоведении в определенной мере вытекали из внутренней логики развития юридических наук. В начале XIX в. национальная односторонность и ограниченность становятся все более и более невозможными. Правовое развитие достигло высокого уровня, образовались национальные правовые системы; на этой почве не мог не усиливаться интерес к изучению зарубежного законодательства, и при этом четко обозначаются две тенденции: с одной стороны, подчеркивается общность и сходство национальных законодательств, с другой – все большее внимание уделяется различиям между ними.

Вышедшие в начале XIX в. работы, авторы которых стремились осмыслить правовые явления в историко-сопоставительном плане, основательно подготовили ту благоприятную почву, на которой позднее взрастет наука сравнительного правоведения.

Новые импульсы получает сравнительное правоведение и от других наук, к этому времени все настойчивее обращающихся к сравнительному анализу. Это касается даже естественных наук: сравнительной анатомии, сравнительной физиологии, а позже – сравнительного языкознания. Все исследования этих наук развиваются одновременно со сравнительным правоведением и содействуют его становлению.

Вместе с тем причины обособления и интенсивного развития сравнительного правоведения в автономную, самостоятельную дисциплину следует искать, прежде всего, в его практических целях, а не в методологической аргументации. Действительно, первые шаги по пути сравнительного правоведения (как и начало всякого научного знания) были сделаны, как говорил английский ученый Ф. Поллок, с чисто практической целью.

Решающее воздействие на становление сравнительного правоведения оказала сама историческая действительность, т.е. интернационализация экономики, развитие международных отношений, торговых связей, увеличение экспорта капитала и экспансии колониализма, которые привели к тому, что юридическая наука должна была выйти за рамки национального права и национального законодательства.

Именно эти социальные факторы поставили сравнительное правоведение на практическую почву. Произошло совмещение собственно теоретического подхода с практико-прикладным. Поэтому русский ученый Ф.В. Тарановский имел все основания писать о том, что «сравнительное правоведение является важнейшим наследием, которое XIX век оставил юридической науке. Двоякого рода причины возвели зарождение и воздействовали на развитие в XIX столетии этого нового направления юридической мысли – теоретические и практические».

При этом следует отметить институционализацию сравнительно-правовых исследований, все более отчетливое обособление сравнительного правоведения от истории права, теории и философии права. Возникли такие научные учреждения, как Общество сравнительного законодательства во Франции, основанное в практических целях в 1869 г., Английское общество сравнительного законодательства, созданное в 1898 г., Международная ассоциация сравнительного правоведения и науки народного хозяйства, учрежденная в 1899 г. в Берлине, и др.

Институционализация выражалась далее в создании и издании специальных журналов, регулярном созыве международных конгрессов и т.д. Соображения практического характера привели в некоторых странах (во Франции, Германии, Англии, США) к включению в программу юридического образования сравнительного правоведения, основу которого составляли исследования зарубежных правовых систем, и к созданию специальных кафедр компаративистского плана.

Предмет сравнительного правоведения

Что следует понимать под сравнительным правоведением и каковы функции и методы этой дисциплины? В юридической науке уже предприняты определенные усилия, направленные на прояснение самого предмета сравнительного правоведения и более четкое, чем раньше, определение круга научных и практических проблем. Многие авторы отмечают, что сравнительное правоведение нельзя понимать только как определенный метод ис-

следования. Накопленный сравнительно-правовой материал, наличие ряда проблем, где сравнительный метод играет особо важную роль, значительное внимание к теоретическим проблемам сравнительного правоведения позволяют говорить о нем и как о самостоятельном направлении правовых исследований.

Однако в достаточной мере определившегося единства мнений в понимании самого содержания понятия «сравнительное правоведение» пока еще нет. Что же означает это понятие? С одинаковым ли содержанием его мы встречаемся в работах, выходящих под этим названием? Главный вопрос: речь идет о методе или о науке? Для прояснения этого вопроса полезно обратиться к работам, прямо или косвенно касавшимся его.

Следует обратить внимание на известную неуясненность соотношения определений «сравнительный метод» и «сравнительное правоведение». Вряд ли правомерно их отождествлять и употреблять в качестве синонимов, как это иногда делается. Сравнительный метод нельзя обозначить термином «сравнительное правоведение». Понятие «сравнительный метод», т.е. способ познания государственно-правовых явлений, не может быть равнозначно понятию «сравнительное правоведение» – научному направлению, изучающему основные правовые системы современности. Действительно, если бы оба эти понятия совпадали, то сравнительное правоведение не могло бы стать относительно самостоятельной научной дисциплиной.

Сравнительное правоведение основано на сознательном, теоретически и методически основанном применении сравнительного метода в качестве основного и ведущего частнонаучного метода в исследовании, цель которого – прийти к сравнительно-сопоставимым выводам. А это далеко не то же самое, что сравнение в процессе исследований, основанных на других частнонаучных методах. Такое терминологическое разграничение оправдано не только с содержательной стороны. Оно позволяет терминологически зафиксировать различия в применении сравнительно-правового метода в отраслях юридической науки.

Ныне становится все более очевидной несостоятельность попыток рассматривать сравнительное правоведение только как метод. В научной литературе все более утверждается точка зрения, согласно которой сравнительное правоведение – это и метод, применяемый всеми отраслями юридической науки, и особое направление правовых исследований.

Вместе с тем следует указать, что многие ученые-юристы оспаривают существование сравнительного правоведения как самостоятельного направ-

ления правовых исследований и считают, что это только частнонаучный метод.

Подобный подход к сравнительному правоведению затрудняет, а в большинстве случаев делает даже невозможным проведение крупномасштабных сравнительно-правовых исследований правовых систем современности. Как бы ни относиться к содержанию сравнительного правоведения, следует признать, что оно нечто большее, чем метод, что налицо целое направление правовых исследований.

Сложность и многоаспектность предмета иногда приводят к тому, что исследователи абсолютизируют какую-либо его сторону. Между тем сравнительно-правовой метод и сравнительное правоведение представляют собой две стороны одного вопроса. Они тесно взаимосвязаны, хотя между ними есть и определенное различие. Еще известный русский цивилист Г.Ф. Шершеневич отмечал, что не следует смешивать сравнительное изучение законодательства в целях его совершенствования со сравнительным правоведением, задача которого – выявление общих законов развития права.

Все вышеизложенное показывает необходимость четкого «узаконения» границ сравнительного правоведения как научного направления, уточнения его узловых общетеоретических проблем и концепций.

Всякая юридическая дисциплина (или направление) рождалась, пожалуй, потому что сама правовая практика обнаруживала проблемы, которые требовали специального изучения. Речь идет, таким образом, не об институциональном признании некой новой научной дисциплины, а об осознании ряда относительно новых проблем, которые возникли перед правовой наукой.

Таким образом, сравнительное правоведение – это наука. Оно является таковой в двух аспектах, с двух хотя и различных, но дополняющих друг друга точек зрения.

Первый аспект связан с использованием сравнительного метода при изучении правовых институтов и конкретных юридических проблем страны, к которой принадлежит исследователь. В этом случае на более или менее широкой сравнительно-правовой основе изучается конкретная правовая проблема. Этот аспект обычно охватывает сравнение на микроуровне, в рамках отдельных отраслей права.

Второй аспект выступает как автономное изучение зарубежного (инострannого) права на уровне правовых систем в целом, на уровне отдельных отраслей права и основных правовых институтов. Здесь речь идет о том, что-

бы создать «юридическую географию», подобно тому как в прошлом стремились воспроизвести на основе сравнения всеобщую историю права. Цель такого макросравнения – дать ответ на вопросы о том, что происходит на правовой карте мира, как развиваются основные правовые системы современности, как отразились изменяющиеся условия на национальных правовых системах различных государств. При изучении существующих правовых систем географическая сравнительная перспектива не менее важна и сложна, чем историческая. И географические масштабы сравнительно-правовых исследований свидетельствуют о том, что речь идет именно о самостоятельной науке.

При этом возникает вопрос о соотношении изучения иностранного права со сравнительным правоведением. Разграничение сравнительного правоведения, с одной стороны, и изучения иностранного права – с другой, давно стало классической традицией юридической компаративистики. Однако возникает вопрос: в какой мере возможно строгое разграничение этих двух понятий и что оно дает? Следует подчеркнуть, что это разграничение, на наш взгляд, вообще трудноосуществимо, ибо указанные понятия теснейшим образом переплетены, а в чем-то они неизбежно перекрещиваются. Исторически сравнительное правоведение как раз и выросло из потребностей изучения иностранного права.

Изучение иностранного права – это необходимый компонент и основа сравнительно-правового исследования. Возражая против того, говорят, что изучение иностранного права есть лишь подготовка к сравнительному правоведению, его подготовительная ступень.

Такое представление восходит, очевидно, к тому времени, когда цели сравнительного правоведения видели в создании особого, наднационального сравнительного права. При таком/подходе сравнительное правоведение действительно становится как бы второй ступенью над изучением иностранного права, превращается в самодовлеющую операцию и сводится к выведению за скобки того общего, что имеется в существующих национальных правовых системах. Однако такое понимание сравнительного правоведения сегодня – анахронизм, и производные от него представления также нуждаются в коррективах.

Разумеется, не всякое исследование иностранного права может быть отнесено к сравнительному правоведению. Возможны сугубо страноведческие исследования, не преследующие сравнительно-правовых целей. Но и такие исследования всегда будут иметь компаративистскую окраску, содержать

значительный эмпирический и фактологический материал для дальнейших сравнительно-правовых исследований, прежде всего для сравнения с правовой системой страны компаративиста. Таким образом, никто не может стать компаративистом, не получив предварительно достаточно знаний об иностранном праве.

Естественно, что при таком подходе не отрицаются такие аспекты сравнительного правоведения, как традиционное сравнительное изучение законодательств субъектов федеративного государства, историко-правовое сравнение, не выходящее за пределы одной страны.

Сравнительное правоведение помогает преодолевать узконациональный угол зрения при изучении права, позволяет взглянуть на него под более широким углом зрения. Соотнесение национальной правовой системы с зарубежными создает условия для более четкого выявления ее своеобразия.

Значение сравнительного правоведения для развития юридической науки состоит не только в приобретении новых теоретических знаний о правовой действительности, но и в том, что и чисто эмпирическое знание тем или иным образом будет учитываться при изучении национального права.

Непременное условие признания сравнительного правоведения – наличие специфического подхода к предмету исследования. В рамках сравнительного подхода к правовой карте мира формируется предмет сравнительного правоведения. Предмет науки в свою очередь определяет методы исследования и способ их применения к данной науке, т.е. те самые методы, которые в совокупности и составляют подход науки к объекту. По мере роста наших знаний об объекте меняются и представления о том, что понимать под предметом определенной науки (в данном случае – сравнительного правоведения).

Методология компаративистики не сводится к одному лишь сравнению, наука сравнительного права обладает целым комплексом средств и способов, составляющих в целом ее методологию.

Сравнительное правоведение использует отнюдь не один сравнительный метод, а весь методологический арсенал, инструментарий правовой науки. Правовая теория, обособляющая правовые дисциплины по предмету, требует сосредоточивать вокруг соответствующего предмета, все методы, с помощью которых он может быть всесторонне изучен. Другими словами, сравнительное право отличается скорее специфическим предметом, чем специфическим методом.

Таким образом, можно попытаться определить круг вопросов, составляющих предмет сравнительного правоведения. К ним относятся:

- методологические проблемы сравнения в праве («теория сравнительно-правового метода»);
- сопоставительное изучение основных правовых систем современности (при этом весьма велико значение вопроса о классификации этих систем);
- традиционное «сравнительное законодательство», т.е. сравнение нормативных источников по конкретным правовым проблемам, преимущественно на уровне и в рамках отраслей права;
- так называемое функциональное сравнение и некоторые другие социологически ориентированные виды сравнительно-правовых исследований;
- историко-сравнительное изучение права.

Приведенный перечень проблем, составляющий предмет современного сравнительного правоведения, не является исчерпывающим, он может быть дополнен и расширен, отдельные проблемы могут быть сформулированы несколько иначе. Вряд ли нуждается в особой аргументации необходимость разрабатывать, например, такие проблемы, как сравнительное исследование правового статуса личности.

Для сравнительного правоведения весьма значимы международно-правовая проблематика, сравнительно-правовые исследования на стыке двух наук. В связи с этим унификация права является одной из ведущих проблем сравнительного правоведения. Следует сказать и об изучаемой обычно в рамках международного частного права проблеме использования сравнительного права судом при применении им иностранной нормы. Речь идет о довольно давно сложившейся традиции взаимодействия международного частного права и сравнительного правоведения.

К предмету сравнительного правоведения относится большой и сложный вопрос о рецепции иностранного права.

Для сравнительного правоведения весьма значим вопрос о юридической терминологии, так как законодательство и юридическая литература в разных странах используют различный понятийный аппарат. Многие термины, присущие одной правовой системе, могут иметь иное содержание или вообще не иметь эквивалента в другой правовой системе. Это особенно верно применительно к праву стран, относящихся к различным правовым семьям. Разнообразие юридической терминологии – не только источник затруднений для компаративистов. Оно составляет проблему большой практической важ-

ности. Известно немало ошибок, совершаемых при переводе законодательных текстов, при подготовке международно-правовых актов.

Итак, сравнительное правоведение многоаспектно и многофункционально, призвано и может давать как собственно научные (теоретико-познавательные), так и практико-прикладные результаты. Оно представляет собой и применение сравнительного метода как особого частнонаучного способа исследования, и направление правовых исследований в целом. Подчеркнем, что в последнем случае предметом сравнительного правоведения являются:

- методологические проблемы сравнительно-правового исследования (при этом значительное место занимает теория сравнительно-правового метода);
- сопоставительное изучение основных правовых систем современности, другими словами, систематизированное изучение зарубежного (иностранного) права;
- обобщение и систематизация результатов конкретных сравнительно-правовых исследований;
- разработка конкретных методических правил и процессов сравнительно-правовых исследований;
- исследование историко-сравнительных правовых проблем;
- сравнительное изучение международно-правовых вопросов современности.

Значение сравнительного правоведения

В юридической науке большое внимание уделяется сравнительному правоведению. И хотя споры и дискуссии о статусе этого научного направления в системе юридических наук, о круге относящихся к его ведению проблем продолжают и по сей день, ныне общепризнано, что сравнительные исследования права весьма важны для дальнейшего развития юридической науки.

Сравнительно-правовые исследования в сочетании с традиционными историческим, нормативным и социологическим видением права позволяют:

во-первых, изучить явления правовой действительности, которые ранее не охватывались проблематикой правоведения, и выйти за национальные рамки своей правовой системы;

во-вторых, взглянуть под особым углом зрения на ряд традиционных проблем юридической науки с учетом тенденций развития права в современном мире.

Для юридической науки, обращенной прежде всего к национальному праву, использование сравнительного правоведения особенно важно, ибо помогает установить, каким образом решается одна и та же правовая проблема в разных странах, расширяет горизонты юридических исследований, позволяет учитывать как позитивный, так и негативный зарубежный юридический опыт. В настоящее время без учета данных сравнительного правоведения общетеоретические выводы не могут претендовать на универсальный и обобщающий характер. С другой стороны, некоторые сложившиеся понятия юридической науки нуждаются в уточнениях с учетом зарубежного юридического опыта и мировой правовой мысли.

Современную эпоху характеризует нарастающая тенденция к взаимозависимости государств мирового сообщества. Современные цивилизации не могут замкнуться исключительно на самих себе, отказаться от контактов и связей, а следовательно, и от познания друг друга. В настоящее время складывается весьма многообразный в социальном и политическом отношении, но вместе с тем взаимосвязанный, во многом целостный мир. Такое единство и международная взаимозависимость с ее неизбежным взаимным сближением лежат в основе сопоставимости правовых систем современности. Сравнительное правоведение призвано показать все это многообразие в его правовых аспектах, подчеркнув тем самым приоритет общечеловеческих ценностей в развитии права в цивилизованных обществах.

Необходимость международного сотрудничества, глобальные проблемы современности (научно-технический прогресс, экология, демография и др.) требуют пристального внимания к основным правовым системам мира, нового видения существующих правовых проблем. И в этом плане возрастает роль сравнительного правоведения как способа изучения и оценки юридических сфер, в которых происходит это сотрудничество. Здесь открываются широкие возможности для использования сравнительного правоведения в целях международного сотрудничества, формирования единого мирового правового пространства.

Сравнительное правоведение стремится держать в поле зрения все основные правовые системы современности. При этом возникает ситуация равенства правовых систем в научном плане, в их теоретическом изучении и классификации. Признание параллельного существования различных право-

вых систем создает благоприятную почву для плодотворного сотрудничества юристов разных стран, какими бы различными ни были их социально-политические системы и правовые структуры. При этом перед юристом-компаративистом стоит задача путем объективного изучения и сопоставления действующих правовых систем находить наилучшие юридические решения конкретных социальных проблем в определенном социально-экономическом, политическом и культурном контексте.

Сравнительное правоведение многоаспектно. Во-первых, оно затрагивает общетеоретические представления о праве вообще (а они не совпадают у представителей различных правовых систем), показывает плюрализм правовых концепций и правопонимания. Во-вторых, в рамках сравнительного правоведения анализируются не только проблемы на уровне общей теории права, но и вопросы отраслевых юридических наук, в связи с чем сравнительно-правовые исследования приобретают междисциплинарный юридический характер. В-третьих, рассмотрение проблем сравнительного правоведения имеет как сугубо юридическое, так и социально-политическое значение, поскольку состоит в тесной связи с обеспечением правовых основ развертывания демократии, укрепления законности и осуществления справедливого правосудия.

Сравнительное правоведение представляет собой комплексное направление юридических научных исследований, имеющее научно-теоретическое и практико-прикладное значение. Оно является наиболее адекватным инструментом познания основных тенденций правового развития в современную эпоху. Вместе с тем достигнутый уровень его развития не полностью удовлетворяет запросы юридической науки и потребности правовой практики, дает недостаточный материал для фундаментальных теоретических выводов, отстает от требований, выдвинутых реформами политической и правовой систем. Этому есть ряд причин.

Первая. Многие ученые-юристы в советский период при проведении специализированных исследований проблем теории и практики сравнительного правоведения ставили перед собой однозначно критическую цель, которая реализовывалась в основном на «разоблачительном уровне» буржуазного права в плане контрастирующего сравнения. Разумеется, в условиях соревнования и идеологической конфронтации двух противоположных общественно-политических систем такой критический анализ был в определенной степени оправдан, однако его не следовало сводить к тенденциозному подбору материалов, выдергиванию отдельных фактов, к однозначно негативным оценкам.

Как и любой другой научный анализ, сравнительное исследование правовой действительности зарубежных стран призвано дать правдивую картину, не втискивать сложные, противоречивые, динамичные процессы в тесные, заранее заданные идеологические схемы, сложившиеся в прошлом.

Вторая. Специализированные исследования проблем своей национальной правовой системы не сопровождались конструктивным юридическим анализом зарубежных правовых институтов. В свое время особенно негативную роль в свертывании исследований и сравнительного анализа зарубежного государства и права во всем их многообразии сыграла «кампания по борьбе с космополитизмом», когда в конце 40-х годов такого рода исследования были признаны «проявлением низкопоклонства перед буржуазной культурой». В результате эти два неразрывно связанных направления правовых исследований почти не пересекались при решении внутренних проблем национального права.

Между тем жизнь показала необходимость развивать сравнительное правоведение в его современном понимании: специализированно изучать иностранное право, показывая как его общие закономерности и черты, так и специфические черты основных правовых семей и отдельных национальных правовых систем; рассматривать с помощью сравнительного метода зарубежные формы и опыт решения конкретных правовых проблем, поставленных политико-правовой реформой в повестку дня, в особенности в связи с задачей формирования демократического правового государства и справедливого гражданского общества.

В последние десятилетия юридическая компаративистика в мире существенно обогатилась: быстрыми темпами растет число и ширится тематический диапазон сравнительно-правовых исследований, рождаются новые специализированные институты, расширяется круг юридических знаний по сравнительному праву. Сравнительное правоведение весьма плодотворно как в области усовершенствования национального законодательства, так и в деле разработки, принятия и унификации международно-правовых актов, а также в преподавании юридических дисциплин, так как оно накопило опыт обобщения эмпирического материала, техники и методики сравнительно-правовых исследований.

Сравнительное правоведение как наука и учебная дисциплина

Сравнительное правоведение – это в определенном смысле структурированная концептуально-понятийная система правовых знаний, систематизированные, так или иначе связанные друг с другом представления об основ-

ных правовых системах современности, теории применения сравнительного метода как в научно-познавательном, так и в практико-прикладном аспекте. Понятно, что удельный вес каждого из названных аспектов и каждой из проблем сравнительного правоведения в разных странах различен. Какие-то проблемы выдвигаются на авансцену и интенсивно разрабатываются в одних социальных и познавательных условиях, какие-то – в других.

Сравнительное правоведение имеет не столько хронологическое, временное измерение, сколько пространственное. Это обусловлено тем, что его развитие происходило и происходит в пределах достаточно четко отграниченных друг от друга культурно-исторических регионов и одновременно в условиях значительного расширения географии современной юридической компаративистики.

Компаративистские концепции прошлого по отношению к современному сравнительному правоведению выступают, прежде всего, в качестве исторического остова его понятий и доктрин, его структуры и языка. Предварительно пройдя через соответствующие познавательные и социальные фильтры, они естественно входят в ткань современной юридической компаративистики. В связи с этим вполне правомерно говорить о том, что история сравнительного правоведения представляет собой ту же актуальную сегодня правовую теорию, но взятую с точки зрения ее генезиса и развития.

История сравнительного правоведения играет роль не только живой памяти и вместе с тем своеобразной методологической лаборатории современной юридической компаративистики. Она является также своего рода полигоном, на котором испытывались юридические концепции, множество типов правопонимания различных научных направлений и школ. Всесторонний тщательный анализ и глубокое обобщение особенностей, тенденций и закономерностей исторического развития компаративистской мысли необходимы для прогнозирования путей и способов дальнейшего развития и совершенствования современного теоретического знания о правовой карте мира. Обращение к истории сравнительного правоведения зачастую оказывается весьма эффективным средством, чтобы найти ключ для разрешения целого комплекса проблем современной юридической науки.

Без активной разработки истории компаративистских концепций, без овладения ее материалами, без оценки познанного нельзя сколько-нибудь обоснованно выявить круг тех основных вопросов, исследование которых составляет предметное содержание современного сравнительного правоведения. Такая разработка способствует точному обнаружению узловых точек

развития юридической компаративистики, помогает раскрытию ее связей с различными юридическими дисциплинами и направлениями правовой идеологии, содействует реализации всех ее теоретико-познавательных, идеологических и практико-прикладных возможностей.

Сегодня сравнительное правоведение гораздо дифференцированнее и глубже, нежели раньше, осмысливает сложные процессы, происходящие на правовой карте мира. Кроме того, структура современной юридической компаративистики сложна, и в ней можно вычленить, в частности, своеобразное концептуально-понятийное ее ядро, значение, выражающее преимущественно конкретно-исторические особенности изучаемого объекта и личные инициативы и познавательные установки ведущих ее представителей.

Присутствие в сравнительном правоведении наряду с преходящей проблематикой и преходящим знанием определенного ядра «вечных проблем» и соответствующего им относительно стабильного научного языка обеспечивает не только устойчивость и преемственность его понятийно-категориального аппарата, но и статус самостоятельной и развивающейся отрасли юридического знания.

В качестве критериев для определения характера сравнительного правоведения как утверждающейся самостоятельной отрасли научного правового знания необходимо принимать следующие факторы:

- интенсивный рост проводимых сравнительно-правовых исследований и научных публикаций;
- появление систематизирующих 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.

Разумеется, развитие сравнительного правоведения как научного направления имеет не только «внешние» характеристики. В качестве конструктивного признака, определяющего становление этой автономной науч-

ной 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, возникновение и развитие сравнительного правоведения связывается со специфическим подходом и предметом, обеспечивающими общее его признание.

Сравнительное правоведение показывает относительность существующего национального права. Оно позволяет выйти за пределы простого определения писаной нормы как единственного выражения права, действующего на определенной государственной территории, или как единственной цели использования определенной юридической техники и внести определенные коррективы в наши представления относительно места и роли каждой национальной правовой системы на правовой карте мира.

Сравнительное правоведение позволяет выявить и понять юридическую политику различных государств. Оно помогает нам увидеть и сопоставить между собой приоритетные законодательные течения в разных странах, точнее, основные направления законодательных реформ в международном разрезе. В связи с тем, что использование данных сравнительного правоведения позволяет заимствовать уже накопленный зарубежный опыт для удовлетворения своих потребностей правового развития, можно говорить, что сравнительное правоведение выходит на прогнозирование перспектив законодательного развития.

Законодатель может использовать сравнительно-правовые материалы при решении некоторых кардинальных, сквозных проблем законодательной политики; при решении отдельных проблем путем выработки актов национального законодательства; при совершенствовании законодательной техники.

Сейчас крайне важно выйти за пределы идеологических схем, искать и находить все лучшее в праве и государственности всех эпох (не исключая, разумеется, и современной), что может быть поставлено на службу правовым реформам. Сравнительно-правовое исследование, с одной стороны, помогает выявить все то полезное, что оправдало себя за рубежом при решении исходной проблемы, избавляет от ненужного труда «изобретать велосипед», а с другой – дает возможность учесть негативные стороны зарубежного опыта, неэффективность тех или иных правовых решений. Особенно существенно то обстоятельство, что, создавая новый правовой акт, национальный законодатель обращается к уже существующим нормам зарубежного права, т.е. к та-

ким, в отношении которых уже накоплен опыт практического применения. Речь, конечно, идет не о том, чтобы предлагать законодателю готовые образцы и модели, взятые за рубежом, а об изучении зарубежно-правового опыта как позитивного, так и негативного плана. Это изучение отнюдь не ставит своей целью только заимствование или подражание, хотя такой результат и не исключен. Оно расширяет кругозор науки, дает возможность более широкого подхода к проблемам.

Преподавание сравнительного правоведения – в плане введения к изучению основных правовых систем современности или в плане сравнительного изучения отраслей и институтов права – является важным подспорьем для развития современной правовой науки и юридического образования. В их задачу, наряду с изучением национального права, входит также исследование глобальных закономерностей и тенденций развития права в современную эпоху. Поэтому правовая наука должна опираться на серьезные теоретические разработки, объектом которых являются иные, зарубежные правовые системы. Важность анализа опыта мирового развития, в том числе изучения процессов, происходящих в современном обществе, как уже говорилось, вытекает из потребностей политической и правовой реформ.

Методология сравнительного правоведения

Глубокое уяснение и «освоение», а также научное обоснование понятийного аппарата (системы понятий) сравнительного правоведения – актуальная проблема. Поэтому попытаемся сначала проанализировать такие основополагающие понятия, как «сравнение», «сравнительно-правовой метод» и «сравнительное правоведение».

В арсенале познавательных средств важное место принадлежит сравнению. Его роль в познании выражена в превратившихся в поговорки изречениях: «без сравнения нет познания», «все познается в сравнении», «сравнение – мать познания» и т.п.

Сравнение – неотъемлемая часть человеческого мышления. Сравнение используется не только в научном познании, но и в производственной деятельности людей, в их быту, в области обучения; ему присуще как познавательное, так и практическое значение. Это общенаучный и логический прием познания, который привлекал к себе внимание и древних философов, и мыслителей Нового времени.

В философской литературе справедливо отмечается, что сравнение следует рассматривать как имманентную сторону процесса познания, как

один из основных логических приемов познания внешнего мира. Познание любого предмета и явления начинается с того, что мы его отличаем от всех других предметов и устанавливаем его сходство с родственными предметами.

Сравнение как таковое не может рассматриваться в отрыве от других логических приемов познания (анализа, синтеза, индукции, дедукции и т.п.). Отдельно друг от друга эти компоненты общей системы познавательных средств существуют лишь как мысленная абстракция, применение которой не только правомерно, но и обязательно для четкого различения этих компонентов, для определения их специфических познавательных функций. Таким образом, можно выделить сравнение и рассматривать его отдельно от других логических приемов, но и в общем процессе мышления оно находится в неразрывной связи и взаимодействии со всеми другими приемами познания.

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.

Бессвязный конгломерат научных фактов в результате сравнения может превратиться в стройную картину. Плодотворность сравнения зависит не столько от количества и фактической верности отдельных сопоставлений, сколько от строгой их системности, их соподчиненности в решении основной исследовательской задачи. Сравнение не должно быть беспорядочным, если мы хотим получить ценные результаты. Научную ценность имеют все сравнения, которые позволяют раскрыть закономерности развития тех или иных явлений, внутренне присущие им связи и отношения.

Вместе с тем сравнение является лишь одним из важных моментов научного познания. Само по себе оно не в состоянии дать полную картину исследуемых явлений. Всякое сравнение затрагивает лишь одну сторону или лишь некоторые стороны сравниваемых предметов или понятий, абстрагируя временно и условно другие стороны.

Сравнительно-правовой метод – частнонаучный метод юридической науки

Сравнение служит постоянным элементом всех форм познания. Абстрагируясь от только «предпосылочной» и в этом смысле всеобщей для любого вида познавательной деятельности роли сравнения, следует сказать, что его специфическое исследовательское значение в различных науках далеко

не одинаково. Для некоторых из них нет нужды разрабатывать особым образом организованный и систематически используемый сравнительный метод, для других выработка подобного метода необходима в силу внутренних потребностей (особенностей предмета исследования и специфики познавательных задач). Вот почему в ряде наук сформировались особые сравнительные дисциплины. В каждой из них сравнительный метод, выполняя некоторые общие познавательные функции, одновременно имеет свою специфику.

Эту сторону проблемы следует подчеркнуть особо, так как иногда в юридической литературе сравнение смешивается со сравнительным методом и даже со сравнительным правоведением.

Действительно, по своей гносеологической природе сравнение и сравнительный метод близки. Очевидно, однако, что сравнение как таковое – отнюдь не прерогатива сравнительного метода и сравнительного правоведения. Сравнение может применяться во всех областях научного познания и независимо от сравнительного метода, хотя первое, конечно, не может быть механически противопоставлено последнему. Логические приемы не выступают в «чистом» виде, а всегда включаются в содержание метода как системы познавательных средств и приемов, используемых в определенном порядке для проведения исследования.

Э.С. Маркарян вполне закономерно предлагает различать функцию сравнения в познавательной деятельности вообще и сравнительный метод как относительно самостоятельный, систематически организованный способ исследования, при котором сравнения служат для достижения специфических целей познания.

Сравнительно-правовое исследование путем выявления сходного обнаруживает и то, чем различаются сравниваемые правовые системы. Обе задачи и возможности сравнительно-правового исследования (установление сходств и различий сравниваемых объектов) так же взаимосвязаны, как сходства и различия правовых систем.

С одной стороны, сравнение предполагает нечто общее, что может быть выявлено только сравнительным методом, а с другой – оно способствует установлению различий в сравниваемых объектах.

Сравнительно-правовой метод является одним из важных средств изучения правовых явлений. Благодаря его применению становится возможным выявить общее, особенное и единичное в правовых системах современности.

Характер и особенности сравнительно-правового метода раскрываются при освещении, во-первых, его соотношения с общенаучными методами, во-вторых, его места и значения в системе частных методов юридической науки.

Общенаучные методы позволяют раскрыть единство и многообразие становления и существования различных правовых систем, фиксируют их общие закономерности, тенденции развития.

Действительно, юридическая наука долгое время специально не разрабатывала теорию сравнительно-правового метода. Но это отнюдь не означает отрицания этого метода как такового.

Совершенно очевидно, что, пользуясь лишь одним сравнительным методом, невозможно вскрыть все разнообразие правовых явлений, но не менее ясно и то, что этот метод, во-первых, четко определяет общее направление правового исследования, во-вторых, обеспечивает правильное взаимодействие общих и частнонаучных методов в процессе научного исследования. Можно сказать, что он выполняет роль больше стратегии, чем тактики науки.

Практика научного познания показывает, что общенаучные методы тесно связаны с частнонаучными. Эти последние, в свою очередь, действуют в органической связи с ними, опираясь на них как на свою философскую основу. Частнонаучные методы представляют собой относительно самостоятельные способы познания, использующие общенаучный метод, конкретизирующие его требования применительно к задачам изучения правовой действительности. Общенаучные методы действуют через частнонаучные в изучении предмета специальных наук, иначе они не смогут раскрыть всего своеобразия предмета этих наук.

Соотношение общенаучных и частнонаучных методов состоит, таким образом, в их взаимопроникновении. Общенаучные методы действуют всюду, в том числе и в структуре частнонаучных методов, определяя их действительность. В то же время частнонаучные методы необходимы для повышения эффективности общенаучных методов, которые они обогащают.

Итак, сравнительно-правовой метод выступает как один из конкретных способов применения общенаучных методов в исследовании правовых явлений. Подобным образом сравнительно-правовой метод чаще всего и интерпретируется в юридической науке.

Подобно связям между отдельными сторонами права существует тесная, основанная на взаимодействии и взаимопомощи связь и между различными методами его изучения. Каждый в отдельности и все они вместе взятые основываются на общенаучных методах. С одной стороны, они являются

гносеологическим стержнем и ориентиром, дающим общее направление исследованию, с другой – все методы благодаря приобретаемым с их помощью новым знаниям постоянно расширяют Научный кругозор, последовательно обогащают правовую теорию.

В изучении правовых явлений сравнительно-правовой метод может реализовать все свои возможности лишь в том случае, если само применение его будет строго системным, целенаправленным. При всем многообразии возможных частных методик исследовательский метод должен выступать как внутренне последовательный и согласованный во всех своих звеньях, представлять собой стройную иерархию разных уровней правового исследования.

Теория сравнительно-правового метода

Следует различать применение сравнительно-правового метода и его изучение. В последнем случае сравнительно-правовой метод сам служит объектом исследования. Разрабатывается теория сравнительно-правового метода, т.е. определяется его потенциальная возможность соотношения с другими методами в тех сферах, где применение его особенно эффективно, и т.д.

Разработка теории сравнительно-правового метода, активно начатая в нашей юридической литературе еще в 60-е годы, шла в русле более широкой проблемы – системы методов, применяемых правоведением. Таким путем были сформулированы важные и плодотворные положения, характеризующие сравнительно-правовой метод.

Что касается применения сравнительно-правового метода, т.е. самих сравнительно-правовых исследований, то становление и развитие юридической науки с самого начала было связано с использованием этого метода.

Сравнительно-правовой метод не является самоцелью. Он служит определенной познавательной задаче, как и частнонаучные методы правовой науки. Следовательно, во-первых, сравнительно-правовой метод нельзя рассматривать в качестве некоего стандарта в исследовании; во-вторых, важно определить те границы, в пределах которых этот метод можно применять более эффективно с учетом его связи с другими методами.

Сравнительно-правовой метод есть необходимый, но отнюдь не единственный элемент методологического аппарата сравнительного правоведения. Ни один из методов на практике не действует в чистом виде, он всегда взаимосвязан, переплетен с другими методами.

Сравнительно-правовой метод многофункционален в том смысле, что он применим и на теоретическом, и на эмпирическом уровне познания, ему

присущ оценочный подход. В связи с этим вызывают возражение два взаимосвязанных утверждения, с которыми можно встретиться в компаративистской литературе: сравнительное исследование – это чисто эмпирическая процедура сбора фактических данных; исследование общих закономерностей будто бы «не входит в задачу сравнительного правоведения». Отсюда следует утверждение, что сравнительный метод в общественных науках, в отличие от естественных, не в состоянии дать сам по себе какое-то новое знание. Так, по мнению венгерского ученого З. Петери, сравнительный метод имеет «вторичную, производную природу», он предполагает применение других методов, по отношению к которым являлся вспомогательным. Более того, «сравнительный метод ни в сфере познавательной, ни в сфере оценочной деятельности не может освободиться от несколько уничижительного клейма вторичности». Следовательно, этот метод «не может стать источником нового знания», а может лишь «служить... пополнению знаний, приобретенных другими средствами». Впрочем, З. Петери оговаривается, что уже имеющиеся знания «в процессе или в результате сравнения могут стать источником новых знаний». Но ведь такова природа применения любого научного метода – движение от одного знания к другому, поднятие наших знаний на новую, более высокую ступень.

Заслуживающей большего внимания нам представляется позиция С.С. Алексеева, который исходит из значительных потенциальных познавательных возможностей сравнительно-правового метода. Он справедливо отмечает, что последний помогает «не только выявить противоположность, различия и черты преемственности правовых систем разных исторических типов и правовых семей, но и (что, может быть, самое главное) формулировать общетеоретические положения и конструкции, выявлять закономерности функционирования и развития, которые учитывают особенности правовых систем различных социальных структур, эпох, стран».

Согласно другой точке зрения, оценочное сравнение не является частью компаративистики, а входит в политику права. Отсюда трактовка использования сравнительно-правового метода как безоценочного процесса, призванного лишь поставить материал для оценки на более высокий теоретический уровень. Но как может компаративист воздерживаться от ценностного суждения при сравнении различных правовых систем? Оценка является существенным и необходимым элементом любого сравнения. Поэтому верной представляется формула о том, что «сравнение – одна из лучших возможностей истинной оценки».

Но в той же мере, в какой неправильно было бы недооценивать роль сравнительно-правового метода, было бы неверным и переоценивать его значение. Вряд ли можно согласиться, например, с А.Х. Махненко, по мнению которого сравнительный метод – единственный действительно научный метод выявления общих для всех стран закономерностей развития.

Сравнительное правоведение. Основные виды исследований

Диахронное и синхронное сравнение

Право существует во времени и в пространстве. Оно имеет прошлое, настоящее и будущее. Предметом сравнения могут быть существовавшие в прошлом правовые системы и их компоненты, т.е. сравнение может носить исторический (диахронный) характер. Тогда оно называется диахронным сравнением. Однако чаще всего предметом сравнения являются действующие правовые системы (синхронное сравнение) и выявляются тенденции к их сближению, которые и станут 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, обусловленные географическими, конкретно-историческими и другими факторами, обнаружить наилучшие для тех или иных условий способы правового регулирования и изучить вопрос о возможности взаимного усвоения юридического опыта в области правотворчества и правоприменения. Можно указать и на сравнение правовых систем, относящихся к одной и той же правовой семье, – внутрисемейное сравнение, например сравнительное исследование правовых систем семьи общего права или романо-германских правовых систем.

Внутреннее и внешнее сравнение

Для сравнительно-правового исследования не имеет значения, сколько различных правовых систем оно охватывает. Для сравнения может быть взята своя национальная правовая система и какая-то одна иностранная. Оно может начинаться как минимум с двух систем и идти дальше вплоть до охвата всех правовых систем, существующих на земном шаре. Для сравнения можно избрать правовые системы определенного географического региона – региональное сравнение – или же различные международные объединения и организации. Однако во всех случаях нужно точно выявить соотносимость сравниваемых объектов.

Сравнение внутри одного государства (федеративного или унитарного) может быть охарактеризовано как внутреннее, а первые два вида сравнения – как внешние. Внутренние и внешние сравнения различаются по своему предмету, целям и результатам. Внутреннее сравнение 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.

Внутреннее сравнение можно успешно осуществить не только в федеративных, но и в унитарных государствах, причем как в историческом разрезе, так и синхронно. Для внутреннего сравнения в рамках унитарного государства на синхронном уровне интересные материалы дают смешанные правовые системы. В этом случае внутреннее сравнение помогает уяснению значения различных слоев (элементов различных правовых систем) одной унитарной национальной правовой системы.

Микро- и макросравнение

Помогая уяснению одной национальной правовой системы, внутреннее сравнение подготавливает подлежащий сравнению материал для сопоставления данной правовой системы с другими. В этом смысле оно предшествует и содействует внешнему сравнению. Если внутреннее сравнение преимущественно проводится на уровне правовых норм и институтов (микросравнение), то внешнее сравнение этим не ограничивается. Оно возможно как на микроуровне, так и на уровне правовых систем в целом (макросравнение).

Сравнение в мировом масштабе называется универсальным или глобальным. Однако на практике глобальное сравнение не бывает исчерпывающим, а выступает как репрезентативное. Исчерпывающее универсальное сравнение около 200 существующих ныне национальных правовых систем практически невозможно, оно усложняется в связи не только со значительным увеличением числа правовых систем, но и с качественным фактором. Применительно к глобальному сравнению, охватывающему различные правовые системы, встает ряд общеметодологических проблем. При глобальном сравнении можно достичь относительно полного результата лишь проводя сравнение с указанием правовой семьи, к которой та или иная национальная правовая система принадлежит.

Таким образом, глобальное сравнение своим предметом имеет основные правовые системы современности, позволяет выявить место и взаимоотношения, взаимосвязи основных правовых систем современности на право-

вой карте мира и имеет теоретико-познавательную цель. Оно может осуществляться как на уровне правовых систем в целом, так и на уровне ведущих отраслей права, а также в региональном аспекте. При глобальном сравнении тесно переплетаются почти все аспекты сравнительно-правовых исследований.

Различные уровни сравнения в зависимости от объектов исследования

Объекты сравнительно-правового исследования бывают самыми различными. Например, это может быть определенная правовая норма или отдельный правовой институт, отрасль права либо конкретная социальная проблема, решаемая с помощью разных правовых средств в различных правовых системах. Объект сравнения может быть значительно шире, например правовая система или основные правовые семьи современности.

В зависимости от объектов исследования сравнение проводится на разных уровнях.

Первый и наиболее низкий уровень – это сравнение правовых норм (микросравнение). Здесь речь идет преимущественно о сравнении юридико-технических моментов, параллельном изложении сравниваемых норм. Компаративист выявляет и систематизирует интересующий его эмпирико-правовой материал. Исследование на этом уровне сравнения всегда возможно и относительно просто.

Второй, средний уровень – это сравнение правовых институтов и отраслей права (институциональное, или отраслевое, сравнение). И на этом уровне сравнительно прост доступ к правовой регламентации. Однако исследование правовых институтов должно быть дополнено изучением социальных факторов в связи с правовой системой в целом.

Наконец, третий, верхний уровень – это сравнение правовых систем в целом (макросравнение). Сравнение правовых систем в их целостном виде с учетом процесса их формирования и функционирования, основных принципов, источников и их социальной основы значительно более сложно. Однако этот теоретический уровень сравнения всегда оправдан. Именно здесь наиболее полно проявляется относительная самостоятельность сравнительно-правовых исследований.

Не следует отождествлять уровни сравнения с объектами сравнения, поскольку объектов сравнения гораздо больше, чем уровней.

Нормативное сравнение

Сравнительно-правовые исследования можно проводить двумя способами: нормативным и функциональным.

При нормативном сравнении отправным пунктом являются сходные 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.

Действительно, на первом этапе развития сравнительного правоведения компаративисты отталкивались преимущественно от юридических терминов, понятий, категорий и правовых институтов, свойственных своей правовой системе. При этом предполагается, что другая сравниваемая правовая система пользуется такими же терминами, понятиями, категориями и правовыми институтами, а за сходным названием скрывается адекватный правовой смысл. Такой подход был более или менее правомерным, когда сравнивались правовые системы континентальной Европы.

Однако неудовлетворительность чисто нормативного подхода была замечена сразу же, как только в сферу сравнительно-правовых исследований оказались вовлеченными правовые системы общего права. Последние же вообще не знают некоторых правовых институтов и категорий романо-германских правовых систем. Эти различия, касающиеся основных правовых понятий и категорий, юридической терминологии, структуры права, способов подачи правового материала, толкования правовой нормы, особенностей правоприменения, объясняются конкретно-историческими причинами развития данных правовых систем.

Следует отметить, что нормативное сравнение привело к двум существенным выводам: во-первых, внешне идентичные юридические термины не всегда имеют одно и то же значение в различных правовых системах; во-вторых, те же самые правовые нормы и институты могут выполнять различные функции. Случается, что иностранное право регулирует эти общественные отношения в другой отрасли права или даже неправовыми средствами (например, моральными или религиозными нормами).

В настоящее время нормативное сравнение имеет тенденцию к упрощению, скорее всего в результате того, что попытки в прошлом унифицировать все правовые системы, создать мировое наднациональное право потерпели неудачу. Сегодня концепция в этой области значительно изменилась. Отдельные компаративисты стали уничижительно определять нормативное сравнение как догматическое. Недостатки нормативного сравнения вынудили обратиться к так называемому функциональному сравнению.

Функциональное сравнение

Функциональное сравнение – интересный момент в методологическом инструментарии современной компаративистики. 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 которых проблема может быть решена. Таким образом охватывается значительно более широкий, чем при нормативном сравнении, круг вопросов, в том числе и вопрос о практике применения правовых норм, позициях 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. Одни и те же социальные проблемы могут быть урегулированы с помощью различных средств, но перечень средств, которыми могло бы воспользоваться право, нельзя считать неограниченным. Встречаются и ситуации, когда сама социальная проблема объективно диктует одно-единственное решение, которое закрепляется в правовых системах различных стран (например, презумпция отцовства в отношении ребенка, родившегося во время брака).

Очень часто при функциональном сравнении выясняется сходство или близость используемых правовых средств, причиной чего может, быть общее историческое происхождение, или же сознательное законодательное заимствование, или, наконец, параллелизм путей развития, когда в разных правовых системах независимо друг от друга сходные социальные условия порождают сходные правовые нормы и институты. Предпосылкой функционального сравнения является, сравнимость исходных социальных условий, социальных проблем. Некоторое сходство социальных проблем позволяет сделать вывод о функциональной адекватности соответствующих правовых решений в различных правовых системах. При этом решение одной и той же социальной проблемы может достигаться комбинацией различных правовых средств в различных правовых системах. Например, институт траста, или доверительной собственности, в английском праве не имеет аналога в романо-германских правовых системах и выполняет функции, реализуемые прежде всего с помощью прямого представительства недееспособного его законным представителем.

Следовательно, различные институты используются для достижения одного и того же правового и социального результата – защиты интересов

недееспособного. Так, отсутствие в правовой системе, к которой обращается компаративист с позиции нормативного сравнения, одноименного или прямого, соответствующего сравниваемому институту аналога отнюдь не означает пробела в праве; на самом деле рассматриваемая проблема решается данной правовой системой нередко даже в плане, близком к решению, принятому в правовой системе компаративиста.

Функциональное сравнение можно определить как исследование правовых средств и способов решения сходных или одинаковых социальных и правовых проблем различными правовыми системами. Функциональное сравнение служит как научно-теоретическим, так и практико-прикладным целям, способствует лучшему пониманию и оценке норм и институтов собственного национального права.

Функциональное сравнение было первоначально предложено немецким философом права М. Соломоном. Затем в поддержку такого сравнения выступили крупный немецкий компаративист Э. Рабель и его последователи. Однако всестороннее обоснование функционального сравнения в современном сравнительном правоведении в значительной степени связано с именем видного немецкого компаративиста К. Цвайгерта. Он предложил и так называемое сравнительное правовое толкование. Речь идет о том, что при решении сложных дел судья наряду с нормативным (догматическим), историческим и другими видами толкования может успешно пользоваться и сравнительно-правовыми методами, дающими представление о том, как решаются сходные дела в других странах. Сравнительное правовое толкование имеет четкую практико-прикладную направленность и может быть весьма полезно для правоприменительной деятельности. При этом, разумеется, не должно быть какого-либо отклонения от норм и принципов своего национального права. Следует иметь в виду и то обстоятельство, что сравнительно-правовое толкование лишь очень редко может быть непосредственно использовано при решении конкретных дел. Оно скорее указывает на общее направление поиска лучшего решения той или иной конкретной социальной проблемы.

Примерно аналогичной позиции придерживается и известный американский компаративист М. Рейнстайн. По его мнению, функциональное сравнение должно давать практически полезные выводы и рекомендации. Естественно, функциональное сравнение может также служить и общенаучным целям, познанию социальной функции права, и сведение целей и задач функционального сравнения лишь к анализу, на основе которого могут да-

ваться практические рекомендации, значительно уменьшает его теоретико-познавательные потенции.

Функциональное сравнение следует отграничивать от функционального подхода при сравнении объектов исследования. Необходимость функционального подхода при сравнении особо подчеркивал польский академик С. Розмарин. По его мнению, предметом сравнительного правоведения являются принадлежащие к разным системам правовые институты в функциональном аспекте, т.е. в развитии, динамике. При этом он вовсе не имел в виду функциональное сравнение, о котором идет речь здесь.

При всех достоинствах функционального сравнения, особенно его социологической направленности, можно указать на два его основных недостатка. Во-первых, право может оказаться «размытым» в широкой социальной среде, поскольку, как пишет М. Рейнстайн, при функциональном сравнении следует учитывать, обращая на это особое внимание, роль, которую в правовом развитии играют экономические, социальные и культурные условия, политические организационные формы, этнические структуры, географические и климатические факторы, а также философские и религиозные воззрения.

Во-вторых, его применение требует от компаративиста феноменально широких знаний, т.е. компаративист «должен быть одновременно социологом, историком права, антропологом и, разумеется, юристом, знающим современное право», что весьма трудно осуществимо.

По-видимому, вследствие именно этих «недостатков» функционального сравнения оно проводится, как правило, «международной командой», т.е. осуществляется так называемое коллективное функциональное сравнение. При этом перед национальными докладчиками ставятся конкретные социальные проблемы по предварительной схеме, подготовленной с расчетом на сравнение. Национальные доклады дают ответ на вопрос, как решается поставленная перед ними конкретная социальная проблема национальным правом. При этом представитель каждой национальной правовой системы сообщает о решении, принятом в его системе. Однако широкому использованию коллективной формы функционального сравнения, несмотря на его очевидные преимущества и эффективность, препятствует то, что оно требует значительных материальных затрат, больших организационных усилий и времени.

В качестве примера функционального сравнения можно указать на двухтомный труд «Заключение договоров. Исследование общих начал в правовых системах», появившийся в результате реализации так называемого

корнельского проекта – многостороннего (охватившего 10 стран) сравнительного исследования, организованного факультетом права Корнельского университета (США). Предметом исследования была правовая регламентация заключения договора в ее узком понимании, т.е. как процедуры оферты и акцепта. Планирование и руководство исследовательским проектом осуществлял американский ученый Р. Шлезингер.

В ходе этого исследования, прежде всего, подтвердилось повышенное внимание общего права к особенностям различных фактических составов в отличие от отдаваемого континентальным правом предпочтения далеко идущим обобщениям. И, тем не менее, исследование показало, что общего оказалось больше, чем можно было предполагать.

Некоторые сторонники функционального сравнения прониклись скептическим отношением к нормативному сравнению и склонны рассматривать его как нечто превзойденное и оставленное позади. По нашему мнению, не следует решать этот вопрос по принципу «или – или». И функциональное сравнение, и нормативное имеют свои плюсы и свои минусы. Нет достаточных причин противопоставлять эти два способа сравнения, считать какой-то из них лучше, какой-то хуже. Более того, сама логика функционального сравнения имеет тенденцию к нисхождению до низшего уровня сравнения – сравнения не социальных явлений (проблем), а юридико-технических сторон сравниваемых правовых систем. Даже в корнельском исследовании сравнение порядка заключения договора купли-продажи в целом построено в нормативно-позитивистском плане. Существующая регламентация показана в том виде, в каком она нашла выражение в правовых понятиях и категориях.

Конкретные правовые решения той или иной социальной проблемы, несомненно, предполагают в дальнейшем анализ тех же конкретных правовых норм и институтов. В то же время сторонники нормативного сравнения все более явственно подчеркивают, что юридические тексты должны изучаться в свете их социально-экономической цели, и начинают придавать большое значение их динамике, а не чисто статике, их реальной социальной роли, а не чисто юридической форме. Любая правовая норма мертва в отрыве от той реальной общественной среды, в которой она функционирует.

И функциональное сравнение, и нормативное имеют право на существование, тем более в тесном сочетании, представляющем собой смешанное сравнение. Современный этап развития сравнительного правоведения настоятельно требует именно такого вида сравнения. При этом в зависимости от видов сравнения, от его уровня, а также от целей и задач исследования в

смешанном сравнении будут преобладать элементы то функционального сравнения, то нормативного.

Функции сравнительного правоведения

В настоящее время большинство ученых-юристов, рассматривая общую теорию права в качестве самостоятельной правовой дисциплины, выделяют в ее рамках относительно обособившиеся группы проблем. При этом структура общей теории права рассматривается с точки зрения основных направлений анализа ее предмета. В этом плане общая теория права структурно складывается из таких научных направлений, как философия права, социология права, сравнительное правоведение, теория права (теория позитивного права), психология права, юридическая техника и т.п.

Такая сложная структурированность общей теории права предопределяется сложностью самого права. Поэтому право должно исследоваться не в одном отдельно взятом аспекте, а в разных аспектах, на различных уровнях. Многоаспектный подход к исследованию права позволяет монистически соединять в себе философский, социологический и собственно юридический анализ права.

Возникает вопрос относительно места сравнительного правоведения в структуре общей теории права и его взаимоотношений с другими направлениями общей теории права.

Особое место в общей теории права занимает философская проблематика, ибо невозможно разрабатывать проблемы права без философии.

Как бы мы ни определяли предмет философии права, вопросы методологии права занимают ведущее место в ее современном понимании. Методология права системно изучает проблемы методов правового исследования. При этом сравнительно-правовой метод является одним из объектов анализа. Здесь мы наблюдаем лишь одну сторону перекрещивания философии права и сравнительного правоведения. Философия права и методология права исследуют сравнительно-правовой метод как частный научный метод в системе методов правовой науки. Именно таким путем можно показать значительные познавательные возможности сравнительно-правового метода.

Р. Давид говорил о значении сравнительного правоведения для философии права: «Философия требует универсализма; нет нужды говорить об убожестве и узости философии права, базирующейся лишь на изучении своего национального права. Сравнительное право, совершенно очевидно, спо-

способствует тому, чтобы преодолевать подобного рода барьеры». В этом состоит второй аспект их взаимосвязи.

В отличие от философии права социология права – это такое направление правовых исследований, которое нацелено на установление общих связей права с явлениями социальной жизни.

У социологии права и сравнительного правоведения как направления правовых исследований существует много точек соприкосновения, у них есть ряд общих областей. Вместе с тем не следует ставить знак равенства между ними. Они различаются как по подходу к предмету исследования, так и по природе получаемых знаний.

Социологическая «ориентация» сравнительного правоведения влечет за собой два важных последствия: во-первых, значительно расширяется сам предмет исследования, а это в свою очередь требует расширения методологического инструментария сравнительного правоведения; во-вторых, изменяется подход к традиционному предмету исследования: сравнение должно идти дальше, не ограничиваться законом, должно охватить судебную практику или, говоря более обобщенно, всю сферу применения закона. Следует, таким образом, устанавливать его действительную значимость, а не ограничиваться анализом той абстрактной роли, которую ему отводят в тексте закона. Таким образом, сравнительное правоведение, чтобы не стать формально-догматическим, нуждается в освежающем «социологическом душе». В связи с этим особое значение приобретают такие социологически ориентированные виды сравнения, как изучение правосознания, правоприменительной деятельности, роли юридических профессий, а также функциональное сравнение. При этом для компаративиста важно использовать такие социологические методы исследования, как статистика, вопросники, анкетирование и т.д.

Социология права в каждой стране сталкивается преимущественно с действующим национальным правом. Но она не ограничивается только этим объектом и расширяет свой круг исследований, обращаясь к зарубежному праву. Когда социология права выходит за национальные рамки и изучает социальные функции права как такового, она выступает как сравнительная социология права. Ее цель – показать общие и особенные социальные условия в различных правовых системах. При этом особое внимание уделяется той роли, которую в правовом развитии играют экономические, социальные, культурные условия, этнические структуры, географические факторы, а также философские и религиозные воззрения.

Теория позитивного права – это такое направление правовых исследований, которое нацелено на установление специфических структурных закономерностей и свойств права и в соответствии с этим выражается в теоретической обработке нормативного материала действующего права и выработке собственных понятий и конструкций. Таким образом, теория права подытоживается в обобщенных категориях действующего позитивного права. В их круг входят кодификация, правотворчество, применение права, толкование права, вопрос о правоотношении, общий анализ правовой ответственности, учение о системе права и т.д.

Как справедливо заметил С.С. Алексеев, по мере развертывания сравнительно-правовых исследований, изучения разнообразных исторических типов правовых систем следует ожидать выработки и более широких обобщающих категорий, а следовательно, своего рода «достройки» общей теории права. Здесь возникает очень интересная и вместе с тем самостоятельная проблема соотношения исторического типа права и основных правовых семей внутри данного типа права. Если в общей теории государства соотношение типов и форм государства разработано достаточно подробно, то в отношении указанной проблемы этого пока сказать нельзя. Теория права не дает характеристики основных правовых семей. Другими словами, теория права дает преимущественно социально-экономическую и социально-политическую характеристику типов права без сколько-нибудь развернутой юридической детализации. В учебниках по общей теории государства и права такие правовые семьи, как романо-германская, англосаксонская или мусульманская, начали рассматриваться только в 90-е годы. Сравнительное правоведение дает характеристику основных правовых систем, определяет их место и значение на правовой карте мира, изучает пути решения общей социальной проблемы в различных правовых системах – словом, постоянно оперирует иностранным правовым материалом, изучая взаимоотношения правовых систем современности. Использование материалов сравнительно-правовых исследований позволяет теории права подняться на более высокий уровень обобщений, оперировать новейшим зарубежным правовым материалом.

История права изучает истоки правовых явлений, их генезис, т.е. этапы развития права в тесной связи с эпохой, эволюцию развития права и его современное состояние, преемственность правовых явлений в процессе развития права. История права может носить узкий или широкий характер – от истории одного национального права и его отдельных разделов до истории

права многих народов, всеобщей истории права. Особый интерес представляет изучение истории нескольких тесно связанных национальных правовых систем. Во всех этих и подобных им случаях неизбежен сравнительный подход к правовым явлениям – их сравнение, соотношение единичного с общим и особенным, установление закономерностей исторического развития правовых систем. В связи с этим нельзя не согласиться с польским профессором Ю. Бардахом в том, что широкое использование сравнительного метода превратит историю государства и права из науки об отдельных странах, какой она во многом еще является, в действительно всеобщую историю об общих закономерностях и специфических особенностях развития государства и права.

Сравнительный метод применяется в историко-правовых исследованиях в двух формах: в форме одновременного (синхронного) сравнения объектов исследования в прошлом, например римского права с правом других античных государств, и в форме сравнения одного или нескольких объектов исследования в разное время (диахронное сравнение) для решения тех или иных проблем. Историко-правовое изучение права также весьма существенно для дальнейшего развития права сегодня.

С другой стороны, история права представляет многообразный историко-правовой материал для сравнительного правоведения, ибо без познания исторического развития права невозможно исследовать современные правовые системы, которые в значительной мере являются продуктом исторических условий, заимствований и взаимовлияний правовых систем в прошлом. Одним словом, сравнительное правоведение постоянно оперирует историко-правовым материалом.

В современную эпоху вследствие интеграционных процессов и развития международного сотрудничества народов мира усиливается значение международного публичного права. Это требует совершенствования методов и методик международно-правовых исследований. В методологическом аппарате международного публичного права сравнительный метод занимает важное место. И наоборот, для сравнительного правоведения как направления исследований весьма значима международно-правовая проблематика.

Сравнительное правоведение предоставляет в распоряжение международного публичного права инструментарий, позволяющий изучить многие его научно-прикладные вопросы. Сравнительный метод широко применяется в международном публичном праве, например в исследовании взаимодействия международной и внутригосударственной правовой системы при уни-

фикации международных материально-правовых норм, в образовании международно-правовых обычаев и общих принципов международного публичного права и т.д.

Специалисты международного частного права (МЧП) в силу специфики этой отрасли права проявляют большой интерес к сравнительному правоведению, а венгерский ученый Ф. Мадл даже выдвигал идею создания особого «сравнительного международного частного права». Действительно, сравнительное правоведение и МЧП тяготеют друг к другу. И сравнительное правоведение, и МЧП не ограничены рамками одной национальной правовой системы, и в этом смысле и то и другое ориентировано на иностранное (зарубежное) право.

В методологическом аппарате МЧП сравнительный метод занимает важное место, так как все системы решения коллизии законом предусматривают применение в ряде случаев иностранного закона. При этом нормы национального права сопоставляются с нормами иностранного закона.

Один из возможных результатов сравнительно-правовых исследований в области МЧП – унификация материально-правовых или коллизионных норм. Такая унификация может осуществляться двояким образом: путем выработки единообразного акта, воспринимаемого многими государствами, или путем заключения международного договора. После того как унификация осуществлена, возникает проблема единообразного толкования и применения унифицированного права.

Сравнительное правоведение тесно связано и с отраслевыми юридическими науками. Если отраслевые юридические дисциплины значительно расширяют проблематику сравнительного правоведения, то последнее предоставляет материал отраслевым наукам для теоретических обобщений на более высоком уровне.

Одним из основных направлений сравнительного правоведения являются исследования в рамках и на уровне отраслевых юридических наук. Из общего числа компаративистских работ около половины посвящено отраслевой проблематике.

В настоящее время сравнительно-правовые исследования в отраслевом разрезе широко ведутся не только цивилистами и процессуалистами, но и представителями так называемых публично-правовых наук. Прошли те времена, когда объектом сравнительно-правовых исследований были исключительно правовые институты частного права; ныне публичное право, в частности конституционное, заняло прочное место в сравнительном правоведении.

Возникает вопрос: могут ли отраслевые сравнительные исследования приобрести относительную самостоятельность, в результате которой наряду с отраслевыми юридическими науками появятся отраслевые сравнительные дисциплины (например, сравнительное гражданское право, сравнительное конституционное право и т.д.)? Болгарский профессор Ж. Сталев считает, что вместо обособления отраслевых сравнительных исследований в виде отдельных правовых наук их следует включить в существующие правовые науки, и на наш взгляд, это правильно. Сравнительно-правовые исследования и на уровне общей теории права, и в рамках отраслевых наук надо считать одним из направлений как в общей теории права, так и в отраслевых науках.

Итак, в предыдущем изложении мы стремились различать два аспекта, а именно: что дает сравнительное правоведение для других научных направлений правовых исследований и что дают они для сравнительного правоведения.

Окончательный вопрос о статусе сравнительного правоведения и его структуре решит сам ход развития научной мысли. Отметим лишь одно: любой синтез в науке носит, в сущности, временный характер – он итог знаний определенной исторической эпохи, а не вечная истина. «Каждое решение какой-либо проблемы есть новая проблема».

Образовательная функция сравнительного правоведения

Сравнительное правоведение имело важное значение и в университетском преподавании права XIX в. Во Франции впервые были учреждены кафедры сравнительного правоведения по различным отраслям права. Однако из зарубежных правовых систем рассматривались лишь те, которые были основаны на французской модели.

С тех пор все изменилось: во многих странах изучаются зарубежные правовые системы и сравнительное правоведение. Во Франции, в частности, преподавание основных правовых систем современности обязательно на всех юридических факультетах, готовящих лиценциатов. В Бельгии экзамен на степень лиценциата обязательно включает какую-либо отраслевую дисциплину из области сравнительного правоведения. В Японии изучение зарубежных правовых систем занимает важное место в юридической подготовке.

Преподавание сравнительного правоведения ведется и на международном уровне. Уникальным международным учебным заведением является Международный факультет сравнительного права, созданный в 1958 г. по инициативе известного испанского компаративиста Ф. де Сола Канисареса.

Факультет организовал сессии в самых различных странах Европы, Америки и Азии. Учебный процесс на Международном факультете состоит из трех циклов. На первом слушателей (молодых юристов с высшим юридическим образованием из разных стран мира) знакомят с основами национальных правовых систем. На втором изучаются различные институты (преимущественно частного права) – договоры, акционерные общества, ответственность должностных лиц и т.д. Третий цикл сегодня, по существу, превратился для слушателей в продолжение второго с упором на изучение более специальных правовых проблем современности (например, НТР и право).

После образования Европейского Союза различные национальные и международные факультеты, институты и центры организовали преподавание европейского права. При этом речь идет главным образом об унифицированном праве сообщества, а не о сравнении национальных правовых систем входящих в него государств.

Преподавание сравнительного правоведения и иностранного права в западноевропейских университетах ограничено тем, что оно не рассматривается как ведущая дисциплина. Считается, что зарубежное право и сравнительное правоведение являются дополнением, интересным с точки зрения общей правовой культуры и полезным для специалистов, связанных с международными отношениями, однако большинству юристов они и не нужны, поскольку для них главное – знать позитивное право своей страны.

Знакомство с программами и учебными пособиями американских, французских, английских и некоторых других западноевропейских институтов, факультетов и кафедр сравнительного права свидетельствует, что в разных странах эта отрасль знания различна с точки зрения как содержания, так и организационной структуры тех учебных заведений, где она преподается. Как уже отмечалось, в разных странах в силу научных и мировоззренческих традиций и установок различно само понимание задач и целей сравнительного правоведения. Во Франции и в Германии сравнительное правоведение носит в значительной степени теоретико-философский характер. В США выдвигаются задачи более прагматического, эмпирического характера. В большинстве стран до сих пор сравнительное правоведение рассматривается как введение во французское, германское, английское право. Однако во Франции тенденция к обособлению сравнительного правоведения, утверждению его самостоятельности выражена очень, ярко. Сравнительное правоведение сведено в курс, построенный в соответствии с известной книгой Р. Давида «Основные правовые системы современности».

Общая структура учебного курса «Основные правовые системы современности» может выглядеть следующим образом:

- общее введение в теорию сравнительного правоведения; пред-, мет, цели, задачи, история;
- классификация основных правовых систем современности на правовые семьи (круги);
- основные правовые семьи: романо-германская, англосаксонская, социалистическая, религиозно-традиционная (мусульманская, индусская, дальневосточная);
- проблемы унификации права.

Практическая функция сравнительного правоведения

Сравнительное правоведение – относительно самостоятельное направление юридических исследований, цель которого – изучение зарубежных правовых систем и институтов, ориентированное на развитие своего национального права, на решение стоящих перед ним научно-прикладных проблем.

Систематизированное изучение тенденций развития и функционирования зарубежных правовых систем в еще недалеком прошлом сталкивалось у нас с существенными трудностями. Его значение или вовсе отрицалось, или сводилось исключительно к критико-идеологическому подходу, выявлению коренных, фундаментальных отличий высшего исторического типа права, т.е. социалистического, от буржуазного, к контрастирующему сравнению.

Кардинальная политическая и правовая реформа в стране, обретение государственной независимости, развитие отношений на международной арене обусловили важность изучения зарубежного и мирового юридического опыта. В этих условиях на первый план выдвинулись, прежде всего, практико-прикладные задачи сравнительного правоведения – изучение зарубежного опыта в целях оптимального проведения правовых реформ, широкомасштабного обновления законодательства.

Сравнительное правоведение – незаменимый инструмент для совершенствования национального права, идет ли речь о государственном, гражданском, торговом или хозяйственном праве. Не раз отмечалось, что глубокое понимание собственной системы права доступно лишь тогда, когда сравнительное правоведение используется как эффективное средство совершенствования правопорядка.

Действительно, во все времена законодатели в своей деятельности в той или иной степени использовали юридический опыт других стран.

Те, кто создал в 1869 г. французское Общество сравнительного законодательства, а также кафедры сравнительного законодательства, были озабочены в первую очередь изучением новых кодексов, принятых в различных странах, с тем, чтобы составить представление о различиях, которые имелись между ними и французскими кодексами, и подсказать законодателю целесообразность тех или иных изменений.

Компаративисты мира единодушно отмечают, что опыт, накопленный другими народами, – это неисчерпаемый источник, из которого можно извлечь большую пользу при проведении любых значительных реформ национального законодательства. Законодатели в различных странах мира все чаще прибегают к сравнительному анализу решений, содержащихся в зарубежном праве. В компаративистской литературе единодушно отмечается теоретическая и практико-прикладная важность использования сравнительного права законодателем. Вместе с тем, как это ни странно, авторы многих работ ограничиваются, как правило, лишь общими декларациями, отсутствуют сколько-нибудь развернутые попытки обобщения эмпирического материала, т.е. практики самой законодательной деятельности. Отсюда и бедность теоретических положений, конкретизирующих общий и никем не оспариваемый вывод о значимости сравнительного правоведения для законодательной политики.

Сегодня компаративистская наука подходит к вопросу об использовании сравнительного права законодателем несколько иначе, чем в прошлом. Речь, как правило, идет не о том, чтобы предлагать законодателю готовые образцы и модели, взятые за рубежом, а об изучении зарубежного юридического опыта, как позитивного, так и негативного.

Кроме того, современные компаративисты отдают себе отчет в том, что целью использования сравнительного права в законоподготовительной работе ни в коей мере не является приведение национальных правовых систем в соответствие с неким общим наднациональным правом в духе концепции Р. Салейля, Э. Ламбера или А. Леви-Ульмана, т.е. сторонников движения унификаторов.

Сравнительно-правовые исследования сыграли значительную роль при подготовке крупных кодификаций и реформ законодательства различных отраслей современного права. Первоначальная, несколько односторонняя ориентация нового антитрестовского законодательства Германии на американские образцы повлекла за собой соответствующую правовую регламентацию в других западноевропейских странах. Как уже говорилось, использование

данных сравнительного права, с одной стороны, действительно помогает взять все то полезное, что оправдало себя за рубежом при решении сходных проблем, а с другой – дает возможность учесть негативные стороны зарубежного опыта. Особенно существенно при этом то обстоятельство что, создавая новый правовой акт, национальный законодатель обращается к уже существующим и действующим нормам зарубежного права, т.е. к таким, опыт практического применения которых уже накоплен.

В компаративистской литературе рассматриваются конкретные формы и способы использования сравнительного права законодателем. Отмечается, что практически вся законоподготовительная работа проводится непосредственно самим законодателем, а точнее, парламентскими комиссиями, правительственными службами, министерствами, занятыми такой работой. Однако практика показывает, что масштабы использования сравнительно-правовых данных возрастают тогда, когда к законоподготовительной работе привлекается юридическая наука в лице научных учреждений, университетов, отдельных ученых. Это привлечение может происходить различным образом, а именно: путем получения соответствующих научных справок, заключений и экспертиз; путем включения ученых в соответствующие рабочие комиссии; путем использования сравнительно-правовых исследований, авторы которых сделали предложения *de lege ferenda*, воспринятые потом законодателем.

Австралийский ученый-юрист Л. Сертома предпринял интересную попытку классифицировать те трудности, с которыми сталкивается законодатель при использовании сравнительно-правовых данных. Он разбил эти трудности на четыре группы: 1) формальные – трудности сбора и поиска соответствующих материалов и языковые трудности; 2) психологические – сложившиеся установки; 3) прагматические – трудности в получении готовых прикладных выводов и моделей; 4) образовательные, т.е. недостаточная подготовка и квалификация лиц, участвующих в законодательном процессе. В дополнение к этой классификации известный немецкий компаративист У. Дробниг указал на фактор времени, т.е. когда закон должен быть издан быстро и на серьезное ознакомление с зарубежным опытом просто-напросто нет времени.

Несомненно, что эти факторы могут оказывать свое действие как каждый в отдельности, так и в разнообразных сочетаниях, но все они вполне преодолимы. Быть может, наибольшую опасность представляют «психологические трудности» – традиционная установка на «правовую автаркию» и как следствие этого – если не пренебрежение к правовому опыту других стран, то

во всяком случае безразличие к нему. Длительное время такие установки были достаточно характерны для англосаксонской правовой семьи и ее отношении к континентальному праву, и хотя сейчас ситуация несколько изменилась, традиция, очевидно, дает о себе знать.

В компаративистской литературе бытует мнение, что сравнительное право особенно полезно, когда речь идет о законодательных реформах и новеллах в сфере классических отраслей права: гражданского, уголовного, процессуального. Это подтверждается и примерами, приводимыми многими авторами. В то же время сравнительное право становится важным тогда, когда необходима правовая регламентация новых проблем, вызванных развитием цивилизации, например проблемы охраны окружающей среды.

Если обратиться к правовым системам, которые в законотворческом процессе используют сравнительное право, то выявляются заметные различия в романо-германской и англосаксонской правовых семьях.

Романо-германский законодатель при использовании сравнительных данных обращается как к праву других стран романо-германской семьи, так и к англосаксонским источникам и чаще всего к праву США.

Законодатель в англо-американских странах обращается преимущественно к праву других англо-американских стран и достаточно редко – к континентальной системе. Л. Сертома объясняет это тем, что установки этой системы представляются слишком радикальными и влекущими значительные изменения в существующей институциональной системе, т.е. противоречащими принципам медленной, постепенной эволюции, свойственной странам общего права. Очевидно, к этому объяснению следует добавить и то, что говорилось выше о традиционных установках психологического плана.

Разумеется, объектом сравнительного анализа в процессе законодательной деятельности может быть и право собственной страны. Одна ситуация такого рода – это историко-сравнительный анализ, особенно важный в тех случаях, когда нормативное решение проблемы неоднократно менялось или видоизменялось. Обращение к историческому юридическому опыту, умение черпать из него все необходимое для сегодняшних потребностей тем плодотворнее, чем выше общий уровень юридической литературы.

Один лишь законодатель может использовать сравнительное право для совершенствования национального права. В меньших масштабах, но все же использует сравнительно-правовые данные судебная и арбитражная практика, когда речь идет о применении иностранного закона. Эта проблема носит в основном технический характер и изучается обычно в рамках МЧП.

Наконец, сравнительное правоведение играет весьма важную роль в процессе международной унификации и гармонизации права. Швейцарский юрист К.-Х. Эберт считает, что главной целью сравнительного правоведения является унификация права на международном уровне, т.е. унификация международного законодательства. По его мнению, дальнейшее существование человечества требует дополнить политическую и экономическую интеграцию мирового сообщества правовой. Действительно, сравнительное правоведение призвано сыграть немаловажную роль в тех процессах, которые охватываются ныне такими понятиями, как человеческое измерение, европейское правовое пространство. Оно позволяет получить более глубокое представление о новых чертах и тенденциях развития основных правовых систем современности, связанных с научно-техническим прогрессом, интеграционными процессами, возросшей ролью международного права. Выходя за чисто юридические рамки, сравнительно-правовые исследования немало говорят об уровнях правосознания и правовой культуры за рубежом, способах формирования уважения к праву и закону.

Международная унификация права

Международная унификация права – одна из ведущих проблем сравнительного правоведения. Симптоматично в этой связи, что Х. Гаттеридж, будучи противником унификации, тем не менее посвятил ей три главы в своей известной книге. Некоторые компаративисты склонны превратить унификацию в конечную цель сравнительно-правовых исследований. Такая тенденция упрочилась в начале XX в., когда движение за унификацию достигло наивысшего размаха.

Корни современного унификационного движения можно видеть и римском *jus gentium* в виде попытки создания единообразного права, применимого к отношениям римлян с иностранцами и с жителями провинций. Движение за естественное право в XVI-XVIII вв. имело универсалистскую направленность; *Theatrum legale*, эта панорама развития всех законодательств мира, очерченная Лейбницем в 1667 г., несет отпечаток унификаторских идей.

Во второй половине XIX в. осуществились первые унификаторские начинания. В основе их лежали практические потребности, раз-
питие торговли и международных сношений. Одним из начинателей был Леон Леви, который в середине века предпринял попытку сравнения торгового права Великобритании с романскими системами, кодексами и законами 50 других стран.

Он впервые показал связь между сравнительными исследованиями и унификацией права.

В 1865 г. первый конгресс по торговому праву изучил возможности унификации некоторых разделов морского права. В 1877 г. Международная ассоциация права осуществила первую, ставшую знаменитой унификацию в области морского права, приняв Йорк-Антверпенские правила об общей аварии. За этой частной унификацией быстро последовало заключение конвенций, преследовавших ту же цель: в Берне были приняты конвенции об авторском праве (1886 г.) и о железнодорожных перевозках грузов (1890 г.), в Брюсселе – конвенция по морскому праву (1910 г.).

Гаагские конвенции, подписанные перед Первой мировой войной, имели своим объектом область коллизии законов. Движение продолжалось и в дальнейшем привело к принятию Женевских конвенций 1930 и 1931 гг. о простых и переводных векселях и о чеке, а также двух Гаагских конвенций 1964 г. о единообразных законах о международной купле-продаже товаров и заключении договоров такой купли-продажи.

Унификационное движение охватывает, таким образом, широкий круг вопросов и существует уже длительное время.

Объективным фактором, обуславливающим унификацию, является стремление, во-первых, обеспечить четкие гарантии в области международной торговли; во-вторых, избежать с помощью единообразных актов те сложности и неопределенности, которые порождаются коллизиями законов. К этому следует добавить веру юристов в создание международного, межгосударственного законодательства без ущерба для суверенитета государств.

Международное движение наталкивается на определенные препятствия и трудности. Сопротивление исходит, прежде всего, от государств в том плане, что каждое из них ревниво относится к своему суверенитету. Общественному мнению в той или иной мере свойственно недоверие к нормам иностранного происхождения или международного характера. Часто английские и американские юристы выступают против использования юридических приемов романского происхождения, против общих принципов и в меньшей мере – против адаптации чужих норм позитивного права. Страны общего права не присоединились к Женевской конвенции 1930 г. о переводных векселях.

Такая негативная позиция усиливается и в связи с трудностями применения единообразного закона. Напомним о глубоком различии между тем,

как применялся Гражданский кодекс Швейцарии в самой Швейцарии, и тем, как он применялся в Турции, где он был реципирован.

Судьям и юристам свойственно стремление подчинить международные нормы своей национальной технике и внутреннему праву. Отсюда различие в толковании одного и того же единообразного текста в странах – участницах международных соглашений. В результате единообразный закон подвергается различному толкованию в процессе его применения. Создание единообразного закона невозможно без сравнения.

Следует различать унификацию национальную и унификацию международную. Национальная унификация является итогом сопоставления нескольких правовых порядков в рамках данной страны и выбора между ними. Например, Кодекс Наполеона превратил в реальность то, что Буржон в 1747 г. назвал «общим правом Франции». Германское гражданское уложение было унификацией немецкого права.

После Первой мировой войны в Польше и Румынии унификация происходила на основе сравнения различных правовых систем, действовавших на территории страны. По-особому вопрос о национальной унификации стоит в федеративных государствах, где, как, например, в США, каждый член федерации имеет свою правовую систему. Известны многочисленные попытки Соединенных Штатов унифицировать отдельные отрасли и институты действующего права. Практическим итогом таких предложений явились так называемые рестейтменты – сборники, в которых на основе последовательного сопоставления систематизированы решения, выработанные по определенным вопросам различными штатами. Известны также единообразные законы-модели, предложенные Американским институтом права для их последующего принятия legislatures штатов. Разработанный таким образом к 1952 г. Единообразный торговый кодекс был затем принят почти всеми штатами. Такого рода национальная унификация предполагает большой объем сравнительных исследований.

Важное значение имеет и международная унификация. Ее осуществляют независимые страны, и она может быть спонтанной или, наоборот, преднамеренной и желаемой.

Спонтанная международная унификация порождается практическими потребностями и осуществляется в результате конкретных действий занятых в данной сфере лиц. Именно так начиная со средних исков создавалось континентальное *Lex Mercatoria*, аналогом которого в Англии явилось *Merchant Law* – торговое право. Уже с той поры торговое право стремилось к универ-

сальности. Сходные условия и потребности порождают сходные последствия. Вот почему после эпохи кодификации XIX в., когда торговое право было заключено в жесткие рамки национальной регламентации, снова возродилось стремление к созданию торгового права международного плана. Распространение типовых единообразных договоров и обращение к частному арбитражу способствовали развитию общего, обычного единообразного права международной торговой практики.

Однако унификация в собственном смысле слова – это, конечно, преднамеренная унификация, реализуемая тремя основными способами:

- путем заключения конвенции (это стало классической формой), содержащей единообразный закон. Такая конвенция обязывает все подписавшие ее государства привести нормы национального законодательства в соответствие с нормами единообразного закона;

- путем совместной выработки правовых норм, которые инкорпорируются затем в национальное право стран, участвовавших в совместной выработке этих норм. Однако такие страны не связаны при этом каким-либо априорным обязательством, и каждое государство само решает, когда, в каком объеме и в какой форме произойдет эта инкорпорация;

- путем подготовки какой-либо официальной или частной организацией типового закона или закона-модели, который затем предлагается законодателям разных стран. Законодатели могут принять этот закон полностью, частично или в модифицированном виде, словом, так, как они сочтут нужным.

По охвату участников международная унификация может быть двусторонней или – что бывает чаще – многосторонней. В первом случае имеются лишь два государства-участника, как, например, при подготовке франко-итальянского проекта закона об обязательствах 1929 г. Во втором случае участвует много государств, которые действуют на основе общепринятой международно-правовой регламентации. В качестве примера назовем Варшавскую конвенцию о воздушной перевозке и Женевские конвенции о векселях и о чеке.

Следует также различать региональную и универсальную унификацию. Региональная унификация обычно охватывает несколько соседствующих стран или стран, образующих определенную политико-экономическую группу. Универсальная унификация охватывает самые различные страны, она открыта для государств, относящихся к разным общественным системам. При-

мером региональной унификации может служить Северный союз, а универсальной – Гагская конвенция.

В зависимости от целей, которые преследует международная унификация, ее обычно подразделяют на тотальную и частичную. Под тотальной унификацией имеют в виду ситуацию, когда пришедшие к соглашению страны осуществили требуемое единообразие и во внутренней сфере, и в международной, т.е. реализовали все юридические последствия, которые должна была повлечь за собой унификация. В качестве примера можно привести Женевскую конвенцию 1930 г. о векселе. При частичной унификации, наоборот, единообразные нормы действуют лишь в сфере международных отношений, а внутренний правопорядок стран-участниц не испытывает воздействия унификационной конвенции. Такова ситуация, создавшаяся в результате принятия Варшавской конвенции о международных воздушных перевозках 1929 г. и Гагской конвенции о единообразном законе о купле-продаже товаров 1964 г.

Общие условия, унификация имеют тенденцию к упрощению в результате того, что растет число организаций и соглашений регионального характера. Наиболее серьезным шагом в этом направлении стало развитие региональных организаций, которые, естественно, стремятся к унификации. В связи с этим следует сделать несколько замечаний.

Общее право содействовало сближению народов и законодательств, предлагая им не только определенную систему права, но и соответствующий образ жизни, мышления и действий, что выходило за рамки просто юридикотехнических правил и в то же время вело к униформизации принимаемых решений. Здесь мы видим обширный регионализм, законодательно не организованный, но безусловно имеющий гармонизирующее влияние.

Точно так же с многих точек зрения родство языка, нравов, традиций, дополняемое стремлением к объединению и взаимным доверием, лежит в основе Северного союза. В конце XIX в. Дания, Норвегия и Швеция начали систематические поиски сближения законодательств; они добились этого в начале 1881 г. В отношении векселей, чеков и т.п., а затем и в отношении морского права. Это движение развивалось, и впоследствии Финляндия и Исландия присоединились к Скандинавским странам, после чего занялись договорным правом, вопросами представительства и даже, что весьма примечательно, семейным правом (Стокгольмская конвенция 1931 г. о компетенции судов по делам о расторжении брака). Затем установилось активное сотрудничество в области уголовного права и особенно уголовной политики,

главным образом благодаря конференциям Ассоциации криминалистов северных стран, которая с 1936 г. выпускала общий «Ежегодник». Северный совет, созданный после Второй мировой войны, придал более официальный характер этому стремлению к унификации. В 1960 г. был создан Северный комитет уголовного права.

Ликвидация колониального режима в странах Африки не только послужила толчком к созданию национального законодательства, но и стимулировала попытки создания «африканского права», по возможности максимально унифицированного или гармонизированного. Это особая правовая зона, объединяющая соседствующие государства, связанные различными нитями родства, как в случае с северными странами. В качестве примеров можно упомянуть и усилия Лиги арабских стран, направленные на определенную униформизацию правовых систем Среднего Востока, и движение в Латинской Америке, возглавляемое Латиноамериканским институтом интеграции (созданным Межамериканским банком экономического развития), по унификации терминологии, уточнению институтов и определению вопросов, которые могут быть унифицированы в этом регионе. Этот институт пытается также предлагать правительствам типовые законы.

С точки зрения унификации факт существования межправительственных и межгосударственных региональных организаций сопряжен с очевидными преимуществами. Их создание и структура определены самими государствами, они призваны активно работать в направлении унификации, в единых геополитических рамках и решать сходные проблемы сходным же образом. Сообщества основаны на единстве или на близости правовых концепций, что позволяет предварительно устанавливать пределы унификации и облегчает ее последующее осуществление.

М. Ансель сформулировал следующие выводы по поводу унификации права:

- унификация перестает быть главным объектом сравнительного права и главной заботой компаративиста;
- по отдельным вопросам, в отношении которых трудно добиться унификации норм права, между отдельными системами возможны гармонизация, /Координация или униформизация;
- при переходе от старой унификации к новой гармонизации снова обнаруживается, что наука должна отойти от нормы права и обратиться к правовым системам в целом.

Правовая семья - специфическая категория сравнительного правоведения

Категория «правовая семья» служит для обозначения группы правовых систем, имеющих сходные юридические признаки, позволяющие говорить об относительном единстве этих систем. Понятие «правовая семья» отражает те особенности некоторых правовых систем, которые являются результатом сходства их конкретно-исторического развития: структуры, источников, ведущих институтов и отраслей, правовой культуры, традиций и т.д. При изучении иностранного права и использования сравнительного метода это понятие дает возможность сконцентрировать внимание на определенных «моделях», представляющих определенные типы права, в которые входит более или менее значительное количество этих систем.

Таким образом, под правовой семьей понимается более или менее широкая совокупность национальных правовых систем, объединенных общностью исторического формирования, структуры, источников, ведущих отраслей и правовых институтов, правоприменения, понятийно-категориального аппарата юридической науки.

Правовая система - основные понятия сравнительного правоведения

В работах ученых-юристов имеются весьма разноречивые определения правовой системы. В разных странах преобладают свои подходы к изучению правовой системы: в США – прагматический, во Франции – сравнительно-правовой, в Германии – философский.

Однако при всем единодушии в главном в определении правовой системы учеными разных стран существуют различия в частности, что привело к наличию различных определений.

В современной юридической литературе также даются неодинаковые определения правовой системы, и почти каждое из них имеет свое «рациональное зерно». Это объясняется, прежде всего, тем, что правовая система – сложное социальное явление, многогранность которого можно определить только с помощью системы научных категорий. Какое-либо одно определение не может исчерпать характеристики всех ее свойств. Тем не менее, желательно некоторое, хотя бы относительное, единство во взглядах на категорию «правовая система».

В соответствии с принципом единства логического и исторического общее определение правовой системы должно отразить реальную историю и

многообразие форм права. Для понимания правовой системы ключевыми, по нашему мнению, являются категории «право-понимание», «правотворчество», «правоприменение». Поэтому исследование правовой системы должно охватывать, во-первых, систему взглядов, идей, представлений, теорий, т.е. правопонимание в данный исторический период; во-вторых, анализ нормативной основы, ее структуры; в-третьих, систему осуществления права.

Правовая система – развивающаяся система, она не остается раз и навсегда данной, а постоянно менялась и изменяется в ходе исторического процесса. Однако не все ее элементы развиваются одинаковыми темпами.

Весьма важным представляется раскрытие содержания таких исходных взаимосвязанных концептуальных понятий, как национальная правовая система, группа правовых систем, семья правовых систем, исторический тип права, правовая карта мира.

Категория «правовая система» употребляется в правовой науке в нескольких значениях. Обратимся к самому узкому понятию правовой системы, когда под ней понимается право определенного государства и терминологически она обозначается как «национальная правовая система». При этом не следует смешивать понятие «правовая система» в ее узком смысле с понятием «система права». Это не синонимы. Система права – понятие структурно-институциональное, оно раскрывает взаимосвязь, соотношение и строение отраслей права, что определяется объективными и субъективными факторами.

Правовая система – понятие более широкое. Оно, наряду с институциональной структурой права (системой права), включает в себя ряд других компонентов правовой жизни общества. Анализ этих компонентов позволяет увидеть такие стороны и аспекты правового развития, которые не могут быть раскрыты путем анализа одной лишь институциональной структуры (системы права). В понятии «правовая система» в отличие от понятия «система права» отражается не столько внутренняя согласованность отраслей права, сколько автономность правовой системы в качестве самостоятельного социального образования. При этом понятие «правовая система» не заменяет понятия «правовая надстройка», которое показывает обусловленность права экономическим базисом, место права в системе социальных связей, правового и неправового и в этом плане служит методологическим ориентиром к правильному пониманию других, менее по своему содержанию объемных категорий, таких как правовая система и система права. Следует особо отметить, что во всех случаях речь идет о взаимосвязанных понятиях, одно из ко-

торых, более узкое, охватывается другим, но при этом отнюдь не теряет от этого своего автономного значения.

Классификация основных правовых систем современности

Основные правовые системы современности выступают в качестве главного объекта сравнительного правоведения как на микроуровне, так и на уровне макросравнения.

Сравнительное правоведение помогает преодолевать узконациональные установки при изучении права, позволяет взглянуть на него под более широким углом зрения. Соотнесение национальной правовой системы с зарубежными создает условия для более четкого выявления национального своеобразия правовой системы каждой страны. Исследование различных правовых систем содействует большему пониманию путей и особенностей развития права каждой страны, в том числе и с точки зрения юридической науки собственной страны. Следовательно, значение сравнительного правоведения для развития юридической науки состоит не только в приобретении новых теоретических знаний о правовой действительности, но и в том, что эти знания тем или иным образом учитываются при выработке концепций развития национального права.

Итак, относительная самостоятельность сравнительного правоведения определяется рядом объективных и субъективных факторов. Во-первых, как наука, так и практика испытывают потребность в более развернутом и глубоком изучении правовой карты современного мира; во-вторых, необходимо восполнить пробелы в изучении права основных зарубежных стран, мусульманского права и т.д. Все это привело к определенной автономизации и специализации сравнительного правоведения, расширению его сферы, появлению новой научной проблематики, а также к совершенствованию методов научного исследования.

Нельзя сбрасывать со счетов и так называемый субъективный фактор – наличие группы ученых, специально занимающихся систематической разработкой проблем новой науки, распространением знаний и пропагандой ее задач. Во многих странах мира существуют многочисленные центры, институты, факультеты сравнительного правоведения, специальные периодические издания и т.д. Наконец, еще одним аргументом в пользу признания сравнительного правоведения самостоятельной наукой является наличие специфического предмета исследования, заключающегося в сравнительном изучении правовой карты мира. Предмет науки в свою очередь определяет методы ис-

следования и способ их применения в данной науке. Вот почему он постоянно развивается в зависимости от совершенствования составляющих его методов и углубления знаний об объекте. Соответственно меняются и представления о том, что понимать под предметом определенной науки, в данном случае – сравнительного правоведения.

Определение правовой карты мира

Для всех существующих на земном шаре национальных правовых систем в компаративистской литературе употребляются термины «правовая карта мира» (В.А. Туманов), «юридическая география мира» (В. Кнапп), «сообщество» правовых систем (Ж. Сталев) и т.д. Названные термины охватывают национальные правовые системы. При этом следует отвергнуть попытки представить правовую карту мира как наднациональное мировое право или как механическую сумму национальных правовых систем. При раскрытии понятия «правовая карта мира» мы исходим из общих законов развития человеческого общества. Это наиболее объективный путь изучения правовой карты мира – сложной, многообразной, полной противоречий и противоборства самых различных тенденций. Принцип историзма позволяет объяснить место каждой отдельно взятой национальной правовой системы на правовой карте мира принадлежностью ее к той или иной правовой семье. Отнесение конкретной правовой системы к определенной правовой семье позволяет, даже без детального знакомства с конкретным правовым материалом, сделать ряд выводов о ее характерных чертах.

Каков же должен быть научный подход к описанию современной юридической географии мира? Пока речь идет о первой стадии этой работы. Здесь нам представляется особенно важным целостное восприятие или видение правовой системы, правовой семьи, к которой обращается исследователь. Только при наличии такого видения этой системы в целом возможен ее дальнейший дифференцированный сравнительно-правовой анализ. Целостное видение правовой системы в ее конкретно-историческом генезисе и с учетом социально-экономических условий, в которых она действует, является важным требованием современного сравнительного правоведения.

В основу изложения материала по основным правовым семьям целесообразно, по нашему мнению, положить следующий принцип: в первую очередь каждая правовая семья должна рассматриваться на фоне ее исторического развития, затем следует описать ее современную структуру (дать сум-

марную характеристику ведущих отраслей и источников права), особенности правоприменения (судопроизводство) и способ юридического мышления.

При описании основных правовых семей исследователь должен сделать осмысленный отбор и прежде всего ограничить число рассматриваемых правовых систем. Если бы кто-то захотел охватить все правовые системы той или иной правовой семьи, он попросту утонул бы в массе эмпирического материала. Поэтому на практике используется репрезентативный подход. При таком подходе исследователь должен, прежде всего, определить так называемые родословные, или материнские, правовые системы, где впервые были созданы оригинальные правовые решения, и далее проследить их дальнейшее географическое распространение, рассмотрев так называемые дочерние (реципированные) правовые системы.

В качестве материнских фигурируют, как правило, правовые системы крупных государств, располагающих обширным и длительным правовым опытом. Этот опыт используется малыми и новыми государствами, принадлежащими к тому же типу, что и материнская правовая система. Такого было воздействие французского гражданского права на право государств, появившихся в Европе после французской революции (например, на право Италии, Бельгии, Люксембурга). Разумеется, идейное влияние материнской правовой системы неодинаково в различных отраслях права.

Таким образом, описание каждой правовой семьи должно, с одной стороны, быть отражением ее исторического развития, а с другой – основываться на ее существенных свойствах сегодня.

Критерии классификации правовых систем

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 годов 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 Х. 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 поло-

жен 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».

Учение о правовых семьях

В настоящее время вопрос о классификации правовых систем современности приобретает большее, чем когда бы то ни было ранее, значение. Об этом говорят даже чисто количественные показатели. В XX в. число национальных правовых систем увеличилось почти втрое и ныне превысило двести.

Но дело, разумеется, не сводится лишь к количественным изменениям. Сложность правовой классификации не только в бесконечном многообразии национальных правовых систем, но и в том, что неравномерность социального и исторического развития обуславливает возможность существования на одном синхронном срезе разных стадий правового развития.

В юридической компаративистике различают два разных понятия правовой системы – узкое и широкое: под узким понимают национальное право, а под правовой системой в широком смысле – более или менее широкую совокупность национальных правовых систем, которые объединяет общность происхождения источников права, основных правовых понятий, методов и способов развития. В связи с этим компаративисты мира проводят сравнение с мировыми религиями, каждая из которых, например христианство, ислам, буддизм, основана на фундаментальном единстве, что, однако, не исключает наличия в ее рамках сект, культов, толков. Как уже говорилось, терминология во втором случае разнообразна. Например, Р. Давид использует термин «семья правовых систем», К. Цвайгерт, К.-Х. Эберт, М. Рейнштайн – «правовые круги». Термин «правовая семья» наиболее распространен в компаративистской литературе.

Работ, посвященных собственно учению о правовых семьях, очень мало. При всем многообразии и многочисленности имеющихся позиций и точек зрения можно (разумеется, весьма условно) выделить в послевоенной юридической компаративистике два основных направления классификации правовых систем современности, каждое из которых в свою очередь имеет несколько разновидностей, обладающих определенными особенностями. Первое направление наиболее ярко представлено в концепции правовых семей Р. Давида, второе – в концепции «правового стиля» К. Цвайгерта.

Р. Давид выдвинул идею трихотомии – выделения трех правовых семей (романо-германская, англосаксонская, социалистическая), к которым примыкает остальной юридический мир, охватывающий четыре пятых планеты под названием «религиозные и традиционные системы». В основе его классификации лежат два критерия: идеологический (сюда Давид относит фактор религии, философии, экономической и социальной структуры) и критерий юридической техники, причем оба они должны быть использованы не изолированно, а в совокупности. Классификация Р. Давида пользовалась значительной популярностью в юридической науке. Преподавание учебного курса «Основные правовые системы современности» во французских университетах ведется в соответствии с этой классификацией. В 1950 г. в книге «Эле-

ментарный курс сравнительного гражданского права» Р. Давид различал: западные правовые системы (т.е. англосаксонские и романо-германские), в основе которых лежат принципы христианской морали, либеральной демократии и капиталистической экономики; социалистические правовые системы, основанные на социалистической экономике и соответствующих ей политических, социальных и моральных принципах; правовую систему ислама, которая покоится на религиозной основе; индусскую правовую систему, имеющую специфическую философскую окраску; наконец, китайскую правовую систему.

Наиболее известным представителем второго направления является К. Цвайгерт. Уже около 40 лет выдвигает он в качестве критерия классификации понятие «правовой стиль». Исходя из того что отдельные правопорядки и целые группы правопорядков обладают, с его точки зрения, своим определенным стилем, сравнительное правоведение стремится выявить эти правовые стили, произвести их группировку в правовые круги и разместить отдельные правопорядки в этих правовых кругах в зависимости от решающих стилевых элементов, стилевыражающих факторов. Наиболее полно учение о «правовых стилях» изложено в работе К. Цвайгерта (в соавторстве с Г. Кётцем) «Введение в правовое сравнение в области частного права». «Стиль права» как критерий для классификации правовых систем складывается, по его мнению, из пяти факторов: происхождение и эволюция правовой системы; своеобразие юридического мышления; специфические правовые институты; природа источников права и способы их толкования; идеологические факторы. На этой основе Цвайгерт различал восемь правовых кругов: романский, германский, скандинавский, англо-американский, социалистический, дальневосточный, право ислама, индусское право. Эта классификация не оригинальна и основывается на классификации, выдвинутой в 1950 г. П. Армижоном, Б. Нольде и М. Вольфом в трехтомном курсе сравнительного права. Классификации К. Цвайгерта придерживается и К.Х. Эберт.

К.Х. Эберт обращается к теории этноисторического формирования правовых систем как к одной из возможных «рабочих схем разграничения и упорядочения правовых систем». На основе этой теории он, как и К. Цвайгерт, выделяет пять основных группирующих факторов, определяющих «общий правовой стиль» той или иной правовой системы. Он подчеркивает, что, согласно этноисторической теории, для каждой правовой семьи (правового круга) характерно господство той или иной правовой идеи, или правопорядка. Так, в романской системе им является французский Code Civil, в герман-

ской – ГГУ 1897 г., в англо-американской – английское Common Law, в дальневосточной – конфуцианская теория права и т.д. Далее, при рассмотрении отдельных правовых семей, он придерживается классификации Цвайгерта.

Следует указать на достижения сравнительного правоведения в учении о правовых семьях. На основе огромного фактологического материала, полученного в ходе изучения многих национальных правовых систем, во второй половине XX столетия отдельные компаративисты перешли к созданию обобщающих работ, дающих в более или менее сжатой форме глобальную панораму права в современном мире. Можно, конечно, спорить о том, в какой мере эта панорама отвечает реальной правовой действительности. Однако несомненно то обстоятельство, что мы имеем дело с содержательными попытками рассмотреть в рамках одной или двух книг основные правовые системы современности, причем эти попытки основаны на богатом фактическом материале, поданном в концентрированной и хорошо систематизированной форме. К числу таких работ можно отнести книги М. Анселя, Р. Давида, А. Тэнка, К. Цвайгерта и Г. Кётца, В. Кнаппа, В. Златеску.

Сравнительное правоведение и международное право

Сравнительное правоведение и международное публичное право как учебные дисциплины имеют между собой много общего. Первая сравнивает различные правовые системы, вторая изучает отношения между такими субъектами международного права, каждый из которых обладает своей национальной правовой системой. Обе учебные дисциплины основываются на реально существующей множественности правовых систем. Разумеется, само это сходство исключает достаточно большое различие в методах, используемых упомянутыми науками. Между ними возможно самое широкое взаимодействие, и это взаимодействие на пользу каждой из них.

Сравнительно-правовые исследования приносят международному публичному праву двоякую пользу. Обогащаются, во-первых, используемые международным правом методы, во-вторых – само его содержание.

Что касается методов, то следует отметить, что, поскольку международное право представляет собой правовой порядок, регламентирующий отношения между субъектами международного права, каждый из которых имеет свою национальную правовую систему, для него не может не представлять интерес изучение этих национальных правовых систем.

В данном случае мы узнаем, какие органы могут брать от имени государства международные обязательства, какова роль этих органов в процессе формирования принимаемых государством решений. Другими словами, важно знать те органы в различных странах, которые принимают решения от имени государства, компетентны вести переговоры, подписывать и ратифицировать договоры, представляют государство в международных отношениях, участвуют в деятельности разнообразных международных организаций. Регламентация всех этих вопросов относится к исключительной компетенции государства, без какого-либо вмешательства международного права. Однако игнорировать эти вопросы международное право не может.

Рассматривая вопрос о необходимости учета международным правом национального права различных стран, мало установить нормы, обязывающие государства, ибо действие международных норм весьма часто реализуется через национальные правовые системы. В целях эффективности международного права следует иметь достаточно полное представление не только о внутригосударственных органах, на которые возложено применение ряда его норм, но и об их компетенции, а также о порядке деятельности. К этому надо добавить, что если наши знания о внутригосударственных органах и процедурах, связанных с заключением договоров и представительством государства, более или менее удовлетворительны, то они явно недостаточны, когда дело касается реального процесса действия международных норм через национальные правовые системы.

Влияние сравнительного правоведения на международное право состоит в том, чтобы предоставить в распоряжение последнего инструментарий, позволяющий изучить предпосылки и последствия международно-правовых актов. Относительно недавно государства перестали быть единственными субъектами международного права. Наряду с ними в таком же качестве выступают межправительственные организации. Сравнительное правоведение может способствовать лучшему ознакомлению с ними.

В рамках науки международного права необходимо создать общую теорию международных организаций. Это можно сделать только путем использования методов сравнительного правоведения как инструмента прогресса права.

Изучение и сравнение правовых систем отдельных государств обязательно для юриста-международника, когда возникает вопрос об общих принципах права. Здесь обнаруживаются такие функции сравнительного правове-

дения, как информационная, а также функция более высокого, философского плана, которая состоит в познании сущности правовых норм и институтов.

Речь идет не о том, чтобы привносить принципы национального права в международное, а о том, чтобы найти в национальном праве выражение того общего, что может соответствовать целям международного правопорядка. И здесь международное право приближается к фундаментальным целям и задачам сравнительного правоведения.

Создание в рамках международного права договорных систем, снабженных юрисдикционными органами (Европейская конвенция о правах человека, Европейский Союз), будет способствовать возрастанию использования общих принципов права и соответственно расширению сравнительного изучения правовых систем государств-членов.

Трудно преувеличить значимость сравнительных исследований в таких новых отраслях международного права, как защита прав человека, мирное использование атомной энергии, охрана окружающей среды. Сравнительные исследования призваны выявить, во-первых, какие юридические проблемы возникают в соответствующих сферах жизни разных стран, во-вторых, возможные общие решения, которые могут быть «переведены» в нормы международного права.

Таким образом, международное право обращается к сравнительному правоведению как в методологических целях, так и для разработки норм материального права.

Вопрос о взаимодействии международного права и сравнительного правоведения также может быть рассмотрен в двух аспектах – в техническом и в аспекте материального права. В первом случае международное право предоставляет в распоряжение сравнительного права технику переговоров и выработки общего решения, во втором международное право определяет и формальный порядок заключения договора.

Один из возможных результатов сравнительно-правовых исследований – унификация правовых норм по некоторым проблемам.

Такая унификация может осуществляться либо путем выработки единообразного акта, воспринимаемого многими странами, либо путем заключения международного договора.

После того как унификация осуществлена, возникает – главным образом при второй из названных процедур, т.е. при процедуре заключения договора, унифицирующего нормы национального права, – проблема единообразного толкования единого текста. И здесь международное право призвано

предоставить адекватную технику, которая обеспечила бы обязательное истолкование спорных положений путем новых переговоров и нового соглашения либо путем обращения к международной юрисдикции.

Сравнительное правоведение обращается к международному праву и тогда, когда речь идет о сравнительном изучении в собственном смысле слова. Другими словами, в некоторых случаях нормы международного права могут быть с пользой сопоставлены с нормами романо-германских правовых систем, англосаксонского права и других правовых семей. Это, прежде всего, относится к тем случаям, когда речь идет об основах права, о понятиях, которые составляют фундамент любой правовой системы. В этом отношении международное право представляет особый интерес, ибо оно является системой относительно менее развитой, чем национальное право, но быстро эволюционирующей и подверженной трансформациям. Именно в силу этого юристы-международники вынуждены постоянно обращаться к таким вопросам, как основы международного права, его обязательная сила, его ценность, критерии, которым должны отвечать субъекты международного права, источники этого права. Справедливость, добросовестность, обязательный характер взятых договорных обязательств, злоупотребление правом, ответственность, возмещение вреда, санкции – по всем этим вопросам сопоставление международного права и различных систем национального права должно оказаться плодотворным.

Сравнительное правоведение и международное частное право

Во всех работах, затрагивающих вопрос о взаимодействии сравнительного правоведения и международного частного права (МЧП), отмечается научно-теоретическая и практико-прикладная актуальность данной темы. Дело в том, что в МЧП при решении любой проблемы «прежде, чем выбрать, надо сопоставить». Поэтому литература, затрагивающая вопрос о соотношении МЧП и сравнительного права, была ориентирована главным образом на применение сравнительного метода. Но это лишь одна сторона проблемы. Возможно и более широкое понимание темы: взаимодействие сравнительного правоведения и МЧП как особых научных дисциплин. Последнее охватывает более широкий круг вопросов, порождает ряд интересных теоретических проблем. Таким образом, вопрос о взаимодействии сравнительного правоведения и МЧП имеет два аспекта.

Обращая внимание на значение сравнительного метода для МЧП, чехо-словацкий ученый П. Каленски подчеркивает, что сравнительное изучение

здесь может успешно осуществляться только тогда, когда оно будет восприниматься не как исключительно механическое сравнение, а как один из методов, который дает возможность познать действительность в ее широких взаимосвязях и зависимостях.

Все методы решения коллизии законов предусматривают применение в ряде случаев иностранного закона. При этом нормы национального права сопоставляются с нормами иностранного закона и на более или менее широкой сравнительно-правовой основе изучается конкретная проблема, характеризующаяся наличием «иностранного элемента». Сравнительное правоведение предоставляет в распоряжение МЧП инструментарий, позволяющий правильно построить соответствующие институты национального гражданского права.

Если обратиться ко второму из названных выше аспектов взаимодействия сравнительного правоведения и МЧП, то здесь, прежде всего, бросается в глаза, что они ограничены рамками одной национальной правовой системы и ориентированы на иностранное (зарубежное) право. Но наряду с этим сходством имеются и существенные различия как в подходе к предмету исследования, так и в природе получаемых знаний.

Чтобы показать более конкретно значение, которое может приобрести сравнительное правоведение для МЧП, достаточно обратиться к таким классическим темам последнего, как коллизия законов или квалификация. Проблема квалификации порождается тем, что одни и те же понятия в разных правовых системах могут иметь неодинаковое содержание. Кроме того, одна и та же проблема в этих системах может регламентироваться различными отраслями права или разными правовыми институтами. Конфликт квалификации, а точнее, его решение и должно быть ответом на эту ситуацию. При этом сравнительное правоведение призвано выявить, во-первых, соотносимость рассматриваемых правовых норм и институтов, во-вторых, возможные решения, которые могут быть «переведены» в нормы МЧП.

Специалисты международного частного права проявляли и проявляют большой интерес к сравнительному правоведению, а венгерский ученый Ф. Мадл даже выдвигает идею создания особого «сравнительного международного частного права». Будучи «сравнительно-правно» ориентировано, МЧП в свою очередь расширяет сферу сравнительного правоведения, поставляет ему «сырье», первичный материал для дальнейших сравнительно-правовых исследований.

Особенно благоприятные условия для применения данных сравнительного правоведения создает подготовка и принятие кодификационных актов по МЧП. В этом случае открывается возможность проведения развернутых Сравнительных исследований по проблемам МЧП. При этом сравнительное правоведение помогает выявлению как позитивного, так и негативного зарубежного юридического опыта.

Одна из возможных сфер применения сравнительно-правовых исследований в области МЧП – унификация, которая может осуществляться двояким образом: путем выработки единообразного акта, воспринимаемого многими государствами, или путем заключения международного договора. После того как унификация осуществлена, возникает проблема единообразного толкования и применения унифицированного права.

Вопрос о взаимоотношении сравнительного правоведения и МЧП во всей совокупности взаимосвязей и аспектов не может быть решен лишь с позиций какой-либо одной из этих дисциплин. Здесь требуется междисциплинарный подход.

Европейское право и сравнительное правоведение

Право сыграло выдающуюся роль в становлении и развитии европейской цивилизации. История европейского права – это история правовых институтов, норм и идей, получивших распространение в таком регионе мира, как Европа.

«Европа, – отмечает шведский юрист Э. Аннерс, – представляет собой в географическом плане небольшой участок суши огромной евразийской территории. Но правотворчество на этом ограниченном участке земли оказало значительное влияние на мотивацию создания правовых норм, на их формы и содержание почти во всем мире. Как правило, это влияние имело решающее значение для каждой страны. За данным процессом цивилизационного развития лежат тысячелетие усилия людей, которые разрабатывали, законы в канцеляриях, залах суда и в рабочих кабинетах ученых».

Исторический путь европейского права прослеживается не с греко-римской эпохи, как это обычно принято, а с более отдаленного времени, с того момента, когда в архаических догосударственных структурах европейских и внеевропейских племен стала возникать примитивная казуистическая модель родового (первобытного) права, которая в последующем видоизменялась, совершенствовалась и постепенно преобразилась в современную модель – синтетическую правовую систему, отчасти опирающуюся на опыт до-

государственного правового общения, но более всего на постоянно развивающуюся практику.

В средние века закладывалась основа европейского правопорядка, подготовленная позднеантичным римским правом, философией и системой образования греческих полисов. Благодаря развитию юридической техники право в этот период стало гораздо более точным инструментом управления через законодательство и контроль юридической практики.

В позднем средневековье были созданы условия для более эффективной, нежели раньше, организации разделения труда и совместной работы; таким образом, в области общественного порядка сложились предпосылки для содействия естественнонаучному и техническому прогрессу в начале Нового времени.

Европейское право – новый юридический феномен – возникло во второй половине XX в. Понятие «европейское право» охватывает право всех европейских организаций, включая Совет Европы (1949 г.), Организацию Североатлантического договора (НАТО), Западноевропейский союз, Организацию экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), Организацию по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) и др. Центральное место в европейском праве занимает право трех европейских сообществ – Европейского объединения угля и стали (1951 г.), Европейского экономического сообщества (1957 г.) и Европейского сообщества по атомной энергии (Евroatом) (1957 г.). Важным этапом в развитии европейского права стала трансформация трех европейских сообществ в Европейский Союз (ЕС) (1992 г.), который подвергся серьезной реформе в 1997 г.

Под европейским правом понимается право Европейского Союза, вытекающее из Парижского 1951 г., Римского 1957 г., Брюссельского 1965 г., а также Маастрихтского 1992 г. и Амстердамского 1997 г. договоров и обретающее все более четкую структуру по мере юридической и политической эволюции ЕС. Речь идет о совершенно особом праве, которому одновременно присущи черты наднационального права и внутреннего права и которое применяется во всех странах ЕС. Оно отличается от классического международного права, поскольку образует автономный международный правовой режим, интегрированный в право стран – членов ЕС, вследствие чего это право непосредственно применяется политическими руководителями и судебными органами этих государств. Иногда европейское право расценивается как, по существу, федеральное право.

Нормы европейского права представляют собой обширный правовой комплекс, обогащение и развитие которого не останавливается ни на один день. Европейское право как совокупность определенных юридических норм превратилось и особую юридическую дисциплину, имеющую свои основные и вторичные подразделения, свои характерные черты, своих специалистов.

Общая характеристика 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»¹. 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.

Формирование романо-германской правовой семьи. В. 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, включает 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. Ко-

дификация 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 (Bürgerliches 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 континен-

тальной 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.

Структура права романо-германской правовой семьи

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 общий 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 не-

редко 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.

Например, в немецкой юридической науке отраслями публичного права принято считать:

- конституционное право;
- административное право;
- налоговое право;
- уголовное право;
- уголовно-процессуальное право;
- гражданское процессуальное право;
- церковное право;
- 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).

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.

Национальные правовые системы романо-германской правовой семьи: сходства и различия. 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 пра-

во», призванное обеспечить общественный правопорядок, оно получило затем в свое ведение почти все сферы государственного управления. Особенно возросла роль административного права в современных условиях.

Источники романо-германского права

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 писанные 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 *praeter 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.

Французский гражданский кодекс 1804 г. состоит из трех книг:

I. 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*.

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 пандектная 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

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 закона. По стилю оба акта не столь абстрактны и систематичны, как ГГУ, и написаны более простым языком.

Австрийский гражданский кодекс

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, соот-

ношение с обычным правом, статусное 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 1960 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 судеустройстве 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.

Французская и германская правовые группы

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 пор лежат кодексы наполеоновской эпохи, о которых подробно говорилось выше. Общеизвестно, 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., перевернув «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: ордо-нансы, 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, 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:

- признание и законодательное закрепление принципов правового государства;

- реализация на законодательном и правоприменительном уровне принципа разделения властей;
- обеспечение конституционного правосудия, т.е. создание системы конституционного контроля;
- учреждение и регулирование административной юстиции;
- создание гарантий развития политического и юридического плюрализма;
- обеспечение развития местного и судейского самоуправления. Эти принципы стали непреходящими ценностями мировой правовой мысли и юридической практики.

Правовые системы Скандинавских стран

В силу ряда причин (колониальная экспансия, рецепция, идеологические влияния и др.) вне европейских пределов оказалось немало национальных правовых систем, которые с теми или иными оговорками могут быть отнесены к романо-германской семье. В связи с этим рассмотрим латиноамериканское право, правовую систему Японии, а также хотя прямо и не входящее в романо-германскую семью, но близкое ей скандинавское право. Начнем с последнего.

Несмотря на то что страны Северной Европы – Швеция, Норвегия, Дания, Исландия, Финляндия географически куда более близки странам романо-германской правовой семьи, чем Латинская Америка или Япония, тем не менее, при отнесении их права к данной семье, возникает значительно больше сложностей, а некоторые европейские авторы вообще отрицают их принадлежность к этой семье, утверждая самобытность и автономность скандинавского права.

Определение места скандинавского права среди основных правовых семей является предметом давней и весьма оживленной дискуссии в компаративистской литературе.

Большинство ученых-юристов считают скандинавское право разновидностью (причем особой) романо-германской правовой семьи или отдельной сферой континентальной системы права. Дело в том, что право стран Северной Европы широко использует юридические конструкции и понятия романо-германской правовой семьи.

Скандинавское право придерживается принципа верховенства закона. Норма права в скандинавских странах имеет более абстрактный характер, чем норма англо-американского права. Эти особенности правовых систем

Скандинавских стран и используются в качестве решающих аргументов в пользу отнесения права стран Северной Европы к романо-германской семье.

Немало компаративистов настаивают на «промежуточном» положении скандинавского права. Так, шведский юрист А. Мальмстрём помещает его между романо-германской правовой семьей и общим правом. Другой ученый-юрист – Ф. Шмидт, разделяя эту позицию, ссылается на то, что европейское континентальное право более догматично по сравнению с правовыми системами Скандинавских стран, а англо-американское право более прагматично. Третьи юристы относят право стран Северной Европы к «третьей системе» западного права. А. Юзинг отмечает, что нордическое право все же ближе к общему праву, чем к романо-германской правовой семье. Наконец, некоторые ученые-юристы считают споры по поводу классификации скандинавского права совершенно бесполезными.

Действительно, есть некоторые обстоятельства, побуждающие к такого рода выводам. Римское право сыграло менее заметную роль в развитии правовых систем в Скандинавских странах, чем во Франции и в Германии. В северных государствах нет и не было кодексов, подобных Гражданскому кодексу Франции или Германскому гражданскому уложению. Судебная практика играет здесь более значимую роль, чем в странах континентальной Европы.

К англо-американской системе общего права скандинавское право также отнести нельзя. Историческое развитие правовых систем северных стран происходило совершенно независимо от английского права. К тому же скандинавское право почти не имеет таких характерных признаков общего права, как правило прецедента, техника различий, особая роль процессуального права.

Вместе с тем нельзя полностью исключать и даже недооценивать известное воздействие на скандинавское право правовой семьи общего права и романо-германской правовой семьи. Оно было неодинаковым на протяжении истории и по-разному проявлялось применительно к различным отраслям права, и прежде всего к гражданскому праву.

Историческое развитие правовых систем Скандинавских стран

Самобытным путем, в значительной степени независимо от факторов, действовавших в континентальной Европе, происходило формирование права в Скандинавских странах. Для исторического развития северных стран были характерны: относительная неразвитость управленческой иерархии;

наличие свободных крестьян; демократические формы учета интересов различных слоев населения в рамках церковного прихода, что вело к компромиссным средствам решения возникающих социальных конфликтов; постоянное приспособление экономического развития к условиям патриархального общества. Следовательно, в Скандинавских странах рано возникает централизованное государство и унифицированное в масштабах страны право.

Начиная с XIII в. в Швеции осуществляется консолидация законодательства. В середине XIV в. издаются два закона, один из которых регулировал отношения в сельской местности, а другой – в городах. Эти акты действовали в Швеции на протяжении 400 лет. За это время они неоднократно изменялись и дополнялись. Важную роль в процессе приспособления названных законов к новым условиям общественной жизни играли суды.

В XVII столетии шведская судебная практика восприняла многие конструкции и принципы римского права, рецептированного в европейских странах, вследствие чего эти римские элементы стали неотъемлемой частью шведского права, шведской юридической культуры.

Однако не следует забывать, что рецепция римского права затронула Скандинавские страны незначительно. И ее главным последствием стало установление более тесных связей с юридической наукой континентальной Европы, чем с английской.

Тесные взаимосвязи северных правовых систем объясняются тем, что между Скандинавскими странами всегда исторически существовали прочные политические, экономические и культурные связи. Правда, полное объединение трех королевств – Дании, Норвегии и Швеции – носило лишь временный характер. Оно было оформлено как Кальмарская уния и просуществовало с 1397 по 1523 г. Но связи между Швецией и Финляндией и между Данией, Норвегией и Исландией оказались гораздо более прочными и сохранялись веками.

В XII-XIII вв. Финляндия была завоевана Швецией и входила в состав Шведской империи до 1809 г., когда Швеция в результате неудачной войны с Россией была вынуждена уступить Финляндию России. Российское государство предоставило Финляндии значительную автономию как самостоятельному Великому княжеству, и царская администрация почти не вмешивалась в ее правовую систему. Таким образом, когда Финляндия отделилась от России после Октябрьской революции 1917 г. и провозгласила свою независимость в 1918 г., ее правовое единство со Швецией не было существенно ослаблено.

Дания, Норвегия и Исландия находились под централизованным управлением датской королевской семьи более четырех веков, с конца XIV в., так что датское право, по существу, действовало также в Норвегии и Исландии. В 1814 г. Дании пришлось уступить территорию Норвегии Швеции, но норвежцы смогли добиться значительной самостоятельности в составе Шведской империи и получить мирным путем полную автономию в 1906 г. И наконец, в 1918 г. независимым государством была провозглашена Исландия, хотя она и оставалась под властью датского монарха до конца Второй мировой войны.

Общей исторической основой скандинавского права служило старогерманское право. Но в каждой северной стране развивались, разумеется, свои местные особенности. Начиная с XII в. нормы старогерманского права вносятся в многочисленные земельные, а позднее и городские законы. Уже с первых актов центральной власти осуществлялся процесс объединения и унификации права. В Швеции в XIV в. удалось объединить право отдельных местностей в единое земельное право, а право народов – в единое городское право.

В течение XVII-XVIII вв. исходным пунктом формирования правовых систем Скандинавских стран стали два законодательных акта, два свода: первый – Кодекс короля Христиана V («Danske Lov»), принятый в Дании в 1683 г. (в 1687 г. его действие было распространено на Норвегию под названием «Норвежское право» – «Norske Lov»), и второй – Свод законов Шведского государства 1734 г. («Sveriges rikes lag»).

Датский кодекс состоит из следующих разделов: о судопроизводстве; о церкви; о светских сословиях, торговле и семейном праве; о морском праве; о вещном и наследственном праве; об уголовном праве.

В Шведском кодексе 1734 г. девять разделов: о браке; о родителях и детях; о наследовании; о недвижимости; о строительстве; о торговле; о преступлениях (Уголовный кодекс); об исполнении судебных решений; о судопроизводстве и судоустройстве.

Свод насчитывает 1300 параграфов. Подобно Датскому кодексу, он был написан простым, ясным народным языком, и в интересах более полного конкретного регулирования в нем отказались от теоретических обобщений и поучающих понятий в том виде, в каком они внедрялись на Европейском континенте в XVIII в. сторонниками естественного права.

Следует отметить, что влияние римского права на Шведский кодекс 1734 г. было незначительно. Авторы Кодекса обратились к традициям старо-

го шведского земельного и городского права. Это видно по его структуре, стилю, языку и по отсутствию обобщающих норм.

Два эти свода и составили основу последующего развития обеих ветвей скандинавского права – датской и шведской. Развитие это происходило, разумеется, не в изоляции от континентальной Европы. Однако попытки провести реформы законодательства, которые структурно затрагивали бы сложившуюся систему права, делались на определенных этапах (в первой половине XIX в. обсуждались проекты принятия общего закона, аналогичного Французскому гражданскому кодексу), но не увенчались успехом.

Вряд ли указанные акты можно было расценивать в качестве кодексов даже на момент их принятия. Скорее их следовало охарактеризовать как своды действующего законодательства, поскольку отдельные части этих законодательных актов никак не связаны между собой. Тем более нельзя признать их кодексами теперь, когда они включают лишь незначительную часть действующих законодательных положений. И если шведский закон 1734 г. все же выполняет практическую роль – роль определенного интегрирующего фактора позитивного шведского права, то Кодекс Христиана V превратился в «музейный экспонат», хотя формально он и продолжает действовать.

Продолжающий действовать и по сей день закон 1734 г. практически не включает положений, входивших в него в момент принятия. Ряд разделов подверглись полной переработке: в 1920 г. был принят новый раздел о браке; в 1948 г. – о судебном разбирательстве; в 1959 г. в результате переработки старого раздела «О наследовании» в закон был включен раздел под таким же названием, а еще раньше, в 1949 г., из этого раздела был выделен отсутствовавший до того раздел о родителях; в 1970 г. был полностью обновлен раздел о недвижимости. В остальных разделах осталось незначительное число старых норм. Большинство ранее действовавших положений заменено отдельными законами, нормы которых составляют ядро правового регулирования отношений в соответствующих сферах.

В настоящее время законодательство, не укладывающееся в систематику закона 1734 г., охватывает многие отрасли шведского права: трудовое и акционерное право, законодательство об охране промышленной собственности и о социальном обеспечении, об охране окружающей среды, многие разделы административного права – иными словами, преимущественно все те области правового регулирования, которые появлялись по мере социально-экономического развития страны начиная с середины XIX в. Хотя число законодательных предписаний, выходящих за рамки закона 1734 г., значитель-

но превысило систематизированную в соответствии с этим актом часть шведского законодательства, практическое значение закона шведского государства еще велико.

Этого нельзя сказать о Датском кодексе, который сохранен в основном как исторический памятник. Кодифицированное законодательство представляет далеко не большую часть действующего права страны. И здесь, и в Норвегии отчетлива позиция, придающая важное значение судебной практике как источнику права. Немаловажна роль судебной практики и в Швеции, и это отличает скандинавское право от романо-германской правовой семьи, сближая его в какой-то мере с общим правом.

Многовековое действие Шведского кодекса 1734 г. и Датско-Норвежского кодекса 1683–1687 гг. наглядно показывает, что с годами закон применяется все реже и постепенно вообще перестает функционировать под тяжестью развивающейся на его основе прецедентной практики. Эта закономерность правового развития относится также к Гражданскому кодексу Франции 1804 г. и Германскому гражданскому уложению.

Унификация и гармонизация законодательства Скандинавских стран

Историческая и культурная общность Скандинавских стран, развитие взаимной торговли и улучшение транспортных связей, сходство скандинавских языков привели к тесному сотрудничеству этих стран в законодательной сфере.

Скандинавское право представляет собой единую систему не только в силу сходства исторических путей развития права, особенностей законодательства, источников права. Особую роль здесь играет то, что Скандинавские страны тесно сотрудничают в области законодательства и этот процесс, начавшийся в конце XIX в., привел к появлению значительного числа унифицированных актов, равно действующих во всех государствах-участниках.

Юридическое сотрудничество северных стран началось в 1872 г., когда скандинавские юристы собрались на съезд, ставивший цель способствовать дальнейшей унификации скандинавского права. С тех пор сотрудничество стало характерной чертой правотворчества в области брачно-семейного, договорного, деликтного права; права, касающегося компаний и интеллектуальной собственности. Однако в публично-правовой сфере, уголовном праве и процессе, налоговом праве, праве собственности на недвижимость, т.е. в

областях, где различные национальные традиции имеют больший вес, такая кооперация выражена гораздо слабее.

В 1880 г. одновременно в трех странах – Швеции, Дании и Норвегии – вступил в силу единый закон об оборотных документах. В последующие годы основное внимание уделялось унификации торгового права (законы о торговых знаках, торговых реестрах, фирмах, закон о чеках) и морского права.

В конце XIX в. появились еще более смелые унификаторские планы. В 1899 г. датский профессор Б. Ларсен предложил унифицировать все частное право, чтобы в конечном счете прийти к единому Скандинавскому гражданскому кодексу. И хотя правительства скандинавских государств в принципе согласились с этим предложением, создание проекта единого Гражданского кодекса было отложено, а предпочтение отдано унификации отдельных институтов права собственности и обязательственного права. Результатом этих двух усилий явился проект закона о продаже движимого имущества. В Швеции и Дании он вступил в силу в 1906 г., в Норвегии – в 1907 г. и в Исландии – в 1922 г.

Еще одним важным результатом юридического сотрудничества Скандинавских стран явился закон о договорах и других законных операциях в праве собственности и обязательственном праве. В Швеции, Дании и Норвегии он вступил в силу в период с 1915 по 1918 г., а в Финляндии – в 1929 г. На основе упомянутых выше и некоторых других законов в Скандинавских странах сложилось, по существу, единое договорное право.

Скандинавские страны активно сотрудничали и в области семейного права, хотя здесь различия между законодательствами стран региона выражены сильнее, чем в обязательственном праве. Следует отметить, что многие вопросы, по которым в континентальной Европе реформы были проведены лишь после Второй мировой войны, в скандинавском праве были решены гораздо раньше. Достаточно упомянуть равенство мужа и жены, отказ от принципа вины как главного основания расторжения брака, уравнивание в правах детей, рожденных вне брака.

В Скандинавских странах существовали особенно благоприятные условия для достижения если не единства, то высокого уровня гармонизации права. Их историческое развитие и языки весьма схожи, культурные связи очень тесны, между ними не существовало серьезных политических различий, их население, географическое положение и экономический уровень развития были приблизительно одинаковыми. Все эти обстоятельства, а также

то, что право в этих странах исторически развивалось параллельными путями, значительно облегчили юридическое сотрудничество. В настоящее время скандинавский опыт рассматривается как модель для соответствующего сотрудничества на общеевропейском уровне.

Унификация и гармонизация законодательства этих стран не означают, однако, что их национальные законодательные акты совершенно идентичны. Скандинавское право – это не система позитивного права, а юридическая концепция. Скандинавские юристы полагают, что основой такой концепции послужила Уппсальская школа права. Родоначальниками так называемого скандинавского правового реализма считаются Аксель Хегерстрём и его последователи.

Общность правовых систем Скандинавских стран удачно показывает Ю.А. Тихомиров на примере книги «Введение в датское право», предназначенной для иностранных юристов. Эта книга состоит из пяти частей. Первая часть посвящена правовой системе – истории, источникам, юридическим организациям, юридическому образованию и профессии юриста. Вторая часть – отраслям и институтам частного права: семейному, обязательственному, коммерческому, воздушному, международному частному праву, праву собственности, страхованию, юридическим лицам. Третья часть – публичному праву: конституционному, административному, уголовно-судебному, налоговому, экономическому (инструменты планирования и т.д.). Четвертая часть – трудовому праву. Наконец, пятая часть – юридической философии.

В настоящее время унифицирующее влияние на правовые системы Скандинавских стран оказывает и их членство в таких европейских структурах, как Совет Европы, Европейский Союз, ОБСЕ, Организация экономического сотрудничества и развития.

Таким образом, хотя правовые системы Скандинавских стран в целом близки романо-германской правовой семье, они имеют существенные специфические черты.

Особенности правовых систем Скандинавских стран

Правовые системы в Скандинавских странах принято делить на две группы. Первая включает Данию, Норвегию и Исландию, право которых исторически развивалось на основе почти идентичных по своему содержанию компиляций датского и норвежского права, осуществленных во второй половине XVII в. Во вторую группу входят Швеция и Финляндия, где в 1734 г. был введен закон шведского государства. Несмотря на то что в соответствии

с Фридрихсгамским мирным договором 1809 г., завершившим русско-шведскую войну 1808–1809 гг., Швеция потеряла Финляндию, влияние шведского права в этой стране остается значительным и до настоящего времени.

Взаимопроникновение правовых систем обеих этих групп очевидно. Это объясняется следующими причинами:

- длительные взаимные исторические связи и этническая близость данных государств;
- почти полное отсутствие во всех этих странах рецепции римского права, оказавшего существенное влияние на развитие правовых систем стран континентальной Европы;
- отсутствие кодексов, систематизирующих отдельные отрасли права так, как это было сделано в романо-германской правовой семье;
- проходящий уже более 100 лет процесс унификации права стран Скандинавии.

Анализ современных правовых систем Скандинавских стран показывает некоторую общность скандинавского и романо-германского права. Прежде всего, она проявляется в сходстве источников правового регулирования. В скандинавских странах закон является основным источником права, а суды формально не могут, разрешая конкретный спор, создавать правовые нормы. В этом вопросе обнаруживается наиболее существенное различие между системами скандинавского и общего права.

Вместе с тем следует признать, что роль суда в Скандинавских странах традиционно весьма значительна. Никогда функции судьи не сводились здесь исключительно к применению норм законодательства. Судья в Скандинавских странах обладает большой свободой в толковании положений, содержащихся в законах и договорах.

В Швеции суды низших инстанций практически во всех случаях неукоснительно следуют решениям, принимаемым вышестоящими судебными органами, в первую очередь решениям Верховного суда, признавая их авторитетным изложением действующего права.

Роль судебной практики в последние годы заметно растет. В Швеции, согласно закону 1971 г., Верховный суд рассматривает такие дела, которые представляют интерес с точки зрения установления определенных направлений правоприменительной деятельности. Таким образом, признается обязательность решений Верховного суда для всей судебной системы. В конечном счете к расширению дискреционных полномочий судей приводит получаю-

щая все большее распространение практика включения в законы неопределенных норм. В Швеции они получили название «общих оговорок». Сами шведские юристы оценивают развитие законодательной техники «общих оговорок» как «разновидность делегирования законодательной власти судебным органам». Указанная тенденция отчетливо просматривается в эволюции системы источников во всех странах романо-германской семьи.

Скандинавское право использует общие юридические концепции романо-германского права. Система подготовки юридических кадров сходна с системой высшего юридического образования, принятой в континентальной Европе. Все это результат влияния римского, а затем французского и германского права.

В первые десятилетия XIX столетия сильное воздействие на право стран Северной Европы оказывала французская правовая система.

В Швеции в 1826 г. был даже подготовлен проект Гражданского кодекса, составленный по образцу Кодекса Наполеона, но он так и не стал действующим актом.

В конце XIX – начале XX в. потребности модернизации права заставили скандинавских юристов обратиться к опыту Германии. Практически все шведские профессора права получали в этот период профессиональную подготовку в германских университетах. Однако теоретические взгляды пандектистов не были восприняты скандинавскими юристами. Скандинавские страны отказались от кодификации гражданского права по образцу ГГУ, так как последнее содержало большое число отвлеченных понятий, чуждых традиционному функциональному подходу к праву скандинавских юристов. Вскоре здесь возобладало социологическое направление, получила поддержку теория социальных функций, разработанная главным образом французскими юристами.

Ряд характерных особенностей скандинавского права отличает его от романо-германской семьи. Во-первых, скандинавскому праву неизвестно деление права на публичное и частное, а также на отрасли. В этом оно похоже на правовую семью общего права. Во-вторых, скандинавское право не кодифицировано. Формально в этих странах продолжают действовать законы, первоначально охватывавшие весь нормативный материал, но по названным выше причинам их никак нельзя отождествлять с кодификациями в странах романо-германской правовой семьи.

Некоторые элементы правовых систем Скандинавских стран, пожалуй, ближе к системе общего права, чем к романо-германской правовой семье. В

частности, законодатель в Скандинавских странах долгое время избегал пользоваться нормами с высоким уровнем обобщения. Гражданский процесс и уголовный регламентируются здесь одними и теми же правилами.

Объединяет скандинавское и общее право прагматический подход к праву, правовым понятиям и конструкциям. Это последнее обстоятельство в определенной степени и объясняет успех, которым пользуются в Скандинавских странах после Второй мировой войны американские концепции школы правового реализма. Растущее воздействие американского права проявляется также в заимствовании в последнее время отдельных юридических конструкций, понятий из американского права, например в сфере деликтной ответственности, страхования и т.д. Да и методы преподавания юридических дисциплин и университетах Скандинавии все сильнее напоминают американскую систему правового образования.

Источники скандинавского права

В шведском праве наиболее полно проявляются черты, свойственные скандинавскому праву в целом.

Во-первых, именно Швеция была инициатором работы по созданию унифицированных законодательных актов.

Во-вторых, Швеция всегда была первой из стран, вводивших у себя эти единообразные законодательные акты.

В-третьих, само содержание таких актов основывается на шведском законодательстве.

Таким образом, существует значительное влияние Швеции на формирование источников скандинавского права. Например, проект закона о продаже товаров был подготовлен по инициативе правительства этой страны, с тем, чтобы заменить аналогичные законы в Дании, Норвегии, Финляндии.

Основным источником права Швеции является закон. Несмотря на то, что шведское законодательство на сегодняшний день представляет собой совокупность детально разработанных норм, большинство из которых несистематизировано, многие юристы из Швеции настаивают на верховенстве закона в праве этой страны.

Так, А. Мальмстрём делит источники права на законы и другие нормативные акты, акты толкования права, акты правоприменения. Он определяет закон как писаную норму права, относящуюся к определенному правопорядку.

Шведский законодатель никогда не стремился выработать определенные правовые принципы, применимые к каждой из отраслей права. Это привело к тому, что число норм общего характера крайне незначительно.

В настоящее время обозначилась противоположная направленность в шведском законотворчестве: от специальных правовых норм, направленных на урегулирование конкретной жизненной ситуации, к так называемым каучуковым нормам. Смысл их сводится к наделению судебных или иных государственных органов широкой свободой усмотрения при решении правовых проблем, охватываемых этими предписаниями.

Дискреционные полномочия в таких случаях практически не ограничены, поскольку соответствующие правовые нормы отсылают к таким категориям, как «разумность», «справедливость», «добросовестная деловая практика» и т.д.

Слишком большое значение предварительных материалов связано с неконкретностью и неясностью норм самого закона, и ученые-юристы видят в этом объективную тенденцию развития права в целом.

Шведское законодательство в основном некодифицировано. Единственным официальным способом его систематизации является порядковая нумерация актов при их опубликовании в официальном издании. Окончательные результаты законодательного процесса – законы и постановления – публикуются в официальном бюллетене «Сборник шведского законодательства», основанном в 1824 г. При цитировании текстов законов ссылаются на год и номер выпуска бюллетеня.

Обычай в шведском праве представляет собой «неписаную норму права», сохраняющую свое действие в общественной практике.

Область применения обычая в Швеции весьма ограничена: из-за несовершенства законов обычай обречен на весьма второстепенную роль. Это связано с тем, что большая часть общественных отношений регулируется законодательным путем. Однако в таких областях, как торговля, мореплавание, обычаи все чаще играют большую роль, а в некоторых случаях (впрочем, число их крайне мало) обычай даже имеет приоритет перед законом. Например, в законе о продаже и мене движимых вещей указано, что нормы этого закона подлежат применению, если иное не предусмотрено сторонами договора или не вытекает из торгового обычая или обыкновения.

Обычаи и обыкновения, действующие в определенном шведском юроте, порту или окрестности, обобщаются и публикуются местными торговыми палатами, что значительно облегчает возможность их применения.

Еще одним источником права Швеции является судебная практика. Судьи, по существу, занимаются нормотворчеством, прикрываясь видимостью толкования закона.

В шведской правовой доктрине ясно выражена идея, что решение высших судебных дистанций представляет собой не что иное, как решение конкретного дела. Суды первой инстанции неохотно изменяют сложившуюся практику решения определенных дел. Они практически во всех случаях руководствуются решениями, принятыми вышестоящими судебными инстанциями по аналогичным делам.

Шведские суды первой инстанции выполняют различные правовые и административные действия, которые в других странах осуществляются иными государственными учреждениями, например: регистрируют сделки по продаже и закладу земельных участков, регистрируют завещания и составляют обязательную опись имущества умерших лиц, осуществляют надзор за опекой и за управлением имуществом несовершеннолетних.

В Швеции существует шесть апелляционных судов (по территориальному признаку), а в качестве суда последней инстанции выступает Верховный суд Швеции. Действуют и так называемые специальные суды, например Верховный административный суд, Суд по трудовым конфликтам.

Возрастание роли судебной практики, которое наблюдается в последние десятилетия, безусловно связано с неспособностью законодательства гибко и быстро реагировать на динамику общественного развития. Кроме того, путем широкого использования в законах «общих оговорок» законодатель умышленно предоставляет возможность судебным органам осуществлять правотворческую деятельность.

Однако шведские юристы отводят судам лишь роль толкователей права и в гораздо меньшей степени – создателей прецедентов.

В Швеции отсутствует понятие прецедента в том виде, в каком оно существует в английском праве. Тем не менее, в соответствии с реформой 1971 г. Верховный суд Швеции был косвенно наделен правотворческой функцией. Высшей судебной инстанции были даны права рассматривать дела, представляющие интерес в плане установления конкретных направлений в правоприменительной деятельности.

Правовая норма, созданная судебной практикой, не имеет такого авторитета, как норма закона. Она достаточно непрочна, ее можно в любой момент отбросить или отменить в связи с рассмотрением нового дела. Норма,

созданная судебной практикой, существует и применяется лишь в той мере, в какой каждый судья считает ее хорошей.

Представляется, что шведская правовая доктрина в определенной степени тяготеет к введению правила прецедента, но все еще остается на позиции конкретизации правовых норм, принятых законодательным путем, их толкования.

Одной из доминирующих тенденций в развитии источников права является все возрастающий удельный вес нормативных юридических актов, в наибольшей мере соответствующих природе права, его свойствам, обеспечивающих целенаправленное, динамичное развитие данной правовой системы и в то же время наиболее целесообразных и удобных на практике. Об этом свидетельствует и динамика шведских источников права.

Как справедливо отмечает Ю.А. Тихомиров, государства Балтии все активнее втягиваются в сферу влияния скандинавского права. Нарастают интеграционные процессы в экономической и политической областях. Появляются общие межгосударственные структуры. Правовая помощь Скандинавских стран становится все более заметной, и это находит свое отражение в национальном законодательстве прибалтийских государств.

Правовые системы стран Латинской Америки

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, что-

бы 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.

Особенности правовых систем стран Латинской Америки

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.

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.

Кодификация и источники латиноамериканского права

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 обра-

щаться 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 в 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.

Правовая система Японии

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–XIII вв. 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 западно-европейского 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 prerogативами. 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 устранились. Жена признавалась недееспособной, а ее имуществом управлял муж. С момента заключения брака женщина становилась членом семьи мужа. Тем не менее, институты японско-

го 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 поручена комиссии, состоявшей из 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 на 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).

Послевоенное развитие японского права. Влияние американского права

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 лишился 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 права 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 нерушимости 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 англо-американская 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. Значительное 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 предваритель-

ного 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 рецепирированное 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.

Особенности правопонимания японцев. «Живое право»

Если латиноамериканское право отличается 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». Гирри понимаются исследователями Японии различно. Иногда гири трактуются как долг чести, основанный на строго предписанном регламенте человеческих взаимоотно-

шений, 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 обычая 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 вы-

зывает 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 любовной 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, на 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 заслушивает 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 этих 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».

Социалистическое право как особый исторический тип права

В течение почти всего XX столетия наряду с другими правовыми семьями развивалась еще одна правовая семья. Речь идет о социалистическом типе права, вызвавшем неодинаковую реакцию – от критики до признания. Критическая оценка многих принципов и положений социалистического типа права или признание некоторого его сходства (по структуре, понятиям) с романо-германской правовой семьей не помешали видным компаративистам признавать данную систему как реальность, подлежащую сравнительному изучению. Заслуживают внимания характеристики Р. Давидом социалистического права как разновидности правовых семей.

Как справедливо отмечает Ю.А. Тихомиров, после распада Союза ССР и других социалистических государств произошла поспешная перемена в оценках социалистического права. Фактическое его исчезновение дало повод считать данную систему не более чем историческим памятником. И ряд ученых-юристов, оценивая ее в критическом плане, поспешили вести речь о распространении на территорию бывшего Союза ССР принципов, институтов и норм зарубежного права, прежде всего романо-германской правовой семьи. Другие обнаруживают преемственность в прошлом и настоящем и призывают к формированию новой правовой семьи, в частности славянской. Следует отметить, что фактически многие нормы социалистического права были признаны в России и сохраняют силу до сей поры при соответствии их Конституции. В ряде стран – Куба, Китай, Северная Корея – действуют социалистические конституции и законы.

Социализм зарождался и строился в странах с разным уровнем экономического и общественного развития, резко различающихся между собой по укладам, историческим и национальным традициям. Социалистические государства существенно различались территорией, численностью населения, историей правового развития. Различны были история народов, населяющих эти государства, их религиозные верования и национальные традиции.

Между отдельными социалистическими странами существовали большие различия в экономике, культуре, праве, в путях и методах решения задач социалистического строительства. Эти различия свидетельствовали о разновидностях социалистических правовых систем. Различия между социалистическими правовыми системами в основном были обусловлены: способом их возникновения и развития; тем обстоятельством, что они относились к разным этапам строительства социализма; особенностями социалистического пути развития.

В советской юридической науке социалистический тип права рассматривался как исторически наивысшая и последняя ступень в развитии права. Он как бы представлял собой логическое отрицание и антипод эксплуататорских типов права. В социалистических правовых системах впервые в истории были разработаны юридические формы для таких явлений, как коллективные формы собственности, государственное руководство экономикой, плановое ведение народного хозяйства.

В социалистических правовых системах находили отражение их социальные цели и классовый характер, при этом особо подчеркивалось, что они суть средство выражения и закрепления интересов рабочего класса и всего трудового народа. Цели, на достижение которых направлена правовая система, а также средства их достижения формулировались в принимаемых правовых актах.

Идейную основу социалистических правовых систем составлял марксизм-ленинизм. К. Маркс, Ф. Энгельс и В.И. Ленин сформулировали основные характеристики социалистического права: его обусловленность социально-экономическим строем общества; классовость права как возведенной в закон воли экономически господствующего класса, орудия его политической власти; способность права оказывать значительное обратное воздействие на развитие социально-экономических и политических отношений. Они обосновали экономические, политические и идеологические предпосылки необходимости права в социалистическом обществе. Остро критикуя буржуазное право и доказывая необходимость его революционной отмены, они не выступали за ликвидацию в ходе пролетарской революции всякого права вообще. В.И. Ленин писал по этому поводу: «...не впадая в утопизм, нельзя думать, что, свергнув капитализм, люди сразу научаются работать на общество без всяких норм права, да и экономических предпосылок такой перемены отмена капитализма не дает сразу».

Социалистическая правовая система возникает только в результате социалистической революции, которая независимо от того, к мирной или немирной форме она осуществляется, выражается в революционном взятии государственной власти трудящимися во главе с рабочим классом.

Социалистическая революция изменила экономические основы жизни общества, посягая на частную собственность как таковую, а не только на отдельные ее формы. Такому глубокому перевороту в экономических отношениях неизбежно соответствовал столь же глубокий правовой переворот. Речь идет об отмене и признании недействительными всех законов, охранявших и закреплявших существование старых органов государственной власти и старый правопорядок. Этот переворот в правовой жизни выступал не как простое отрицание старого права, а как переход к высшему историческому типу права, включающий в себя некоторые старые правовые формы, которые использовались в интересах социалистического строительства.

Слом старого права являлся составной частью, результатом и следствием слома эксплуататорской государственной машины. Слом политических учреждений предшествовал и в значительной мере предопределял слом правовых учреждений.

Социалистическая правовая система возникла не стихийно, а при воздействии революционной партии. Руководящая и направляющая роль марксистско-ленинской партии являлась главным условием становления социалистической правовой системы. Формы (пути) возникновения социалистической правовой системы были самыми разнообразными, в зависимости от конкретного соотношения классовых сил, степени сопротивления эксплуататоров, демократических юридических традиций и других специфических национальных особенностей той или иной страны.

При возникновении и развитии новых, социалистических правовых систем выявились и способы их возникновения, имеющие общее значение: во-первых, посредством создания новых правовых источников; во-вторых, посредством использования старых юридических источников, в которые вкладывалось новое содержание, чем придавалось им новое социальное значение.

На становление зарубежных социалистических правовых систем существенное влияние оказала первая социалистическая правовая система – советская.

Советская правовая система предложила конкретные образцы юридических норм и институтов, которые были восприняты полностью или послужили образцом для создания сходных норм и институтов в других социали-

стических странах. Такое влияние советского правового опыта нашло свое выражение уже при разработке и создании первых конституционных законов во всех социалистических государствах.

Зарубежные правовые системы являлись разновидностями социалистического типа права, отражающими различные формы реализации общих принципов социалистического права. Они наряду с общими чертами обладали конкретными, своеобразными, национальными свойствами, отличающими их друг от друга.

Победа социалистических революций в ряде стран Европы, Азии и Латинской Америки привела к созданию мировой системы социализма. Его развитие сопровождалось совершенствованием правового регулирования отношений между социалистическими государствами. Социалистическое право регулировало отношения не только внутри одного социалистического общества, но и между социалистическими странами. Оно превращалось в международное явление.

Становление советской правовой системы начинается после победы вооруженного восстания в Петрограде в феврале 1917 г. и завершается во второй половине 30-х годов, когда государственная собственность безраздельно возобладала в экономике, а большевистская идеология столь же неоспоримо стала господствовать в духовной жизни общества, включая его правосознание. Такие молниеносные темпы в оформлении принципиально новой правовой системы сопоставимы лишь со скоростью, с какой грандиозные потрясения Великой французской революции и наполеоновских войн утвердили на Европейском континенте новые правовые институты.

Советское право принадлежало к одной из трех основных правовых систем современного мира – к семье социалистического права, являясь ее первым и классическим образованием. Правовые системы большинства стран, входивших в социалистический лагерь, ранее относились к романо-германской правовой семье, поэтому они сохранили с ней внешнее сходство. Так, в обеих правовых семьях – и в романо-германской, и в социалистической – норма права всегда понималась как общее правило поведения. В них сохранялись также прежняя юридическая терминология и старое, досоциалистическое деление права на отрасли. И, тем не менее, особенности социалистической правовой системы оказались настолько значительными, что она выделилась из романо-германской правовой семьи и образовала самостоятельную правовую семью – сначала в РСФСР – СССР, затем в странах Восточной Европы (1945–1950 гг.) и на Кубе (60-е годы).

После Второй мировой войны возникла восточноазиатская группа | социалистической правовой семьи – право КНР, Северной Кореи и Вьетнама, – развивавшаяся на основе средневекового китайского права, что обусловило ее своеобразие и особое положение по отношению к европейско-американской группе социалистического права.

Европейские социалистические системы

Назначение права как регулятора общественных отношений в силу различного сложившихся традиционно-ценностных ориентации воспринималось не всегда и не везде одинаково, а в определенных условиях – даже противоположно. Если в европейских социалистических странах право получило довольно быстрое развитие, то в социалистических странах Азии праву уделялось значительно меньше внимания, что в свою очередь накладывало отпечаток на весь ход дальнейшего развития правовой жизни этих стран.

Следует учитывать также и то обстоятельство, что наряду с официальной правовой идеологией у широких слоев населения существует специфическая система чувств и взглядов на право, законность и правосудие. Это отношение передается из поколения в поколение, в течение веков, пускает глубокие корни в сознании масс, содействуя формированию у них навыков, традиций правового общения, почтения к закону.

В европейских социалистических странах до социалистической революции в массах существовали сильные юридические традиции, основанные на длительном господстве в общественном мнении взглядов на право как на первооснову человеческого общежития. Эти традиции, с одной стороны, служили каналом распространения настроений, затрудняющих правовое воспитание в духе марксистско-ленинской правовой идеологии, а с другой – имели позитивный смысл, ибо наличие у масс определенных элементов правовой культуры облегчало развитие нового права.

В реальной истории юридическая традиция всегда выступает в двояком виде: в первом она наследует и передает будущему общекультурные ценности в праве, доносит до новых времен идеалы, усвоенные правом или правосудием прошлых эпох; во втором – препятствует становлению новых правоотношений и новых правовых институтов или вынуждает государственную власть к разного рода компромиссам. Юридическая традиция удерживается тем дольше, чем древнее и примитивнее социально-экономическая структура. В азиатских странах партикуляризм, свойственный докапиталистиче-

ским структурам, превращал традиционализм, включая юридический, в устойчивый идейно-психологический фактор.

Ученые-юристы утверждают, что правовые системы европейских социалистических государств до социалистической революции относились к романо-германской правовой семье. Это широко распространенное утверждение, на наш взгляд, не совсем точно, ибо не все европейские страны и тем более социалистические страны Азии принадлежали к континентальной системе права. Например, в Венгрии обычное право, основанное на судебных решениях, преобладало во многих отраслях права и старая венгерская правовая система может быть, по крайней мере в этом отношении, названа смешанной. В Албании до Первой мировой войны действовало обычное право, собранное в законе *Leka Dukadjch*, и Маджалла (Гражданский кодекс Османской империи). После Первой мировой войны албанское право подпало под влияние итальянского права. В частности, в 1928 г. был издан ГК, в 1932 г. – Торговый кодекс. Для досоциалистической Югославии тоже была характерна пестрая «правовая мозаика»: в Сербии и Македонии действовал Сербский гражданский кодекс 1844 г., в Воеводине применялось венгерское обычное право, в Хорватии и Словении – Австрийский гражданский кодекс, в Черногории – Кодекс Богишича 1898 г. Наконец, действовало мусульманское право, которое регулировало семейно-брачные и наследственные отношения мусульманского населения на всей территории Югославии. В отдельных частях территории Польши действовало французское, русское, германское, австрийское право. Одним словом, до социалистической революции во всех социалистических государствах не было единой правовой системы и в их развитии существовали значительные различия.

Вне этой основной характеристики, с точки зрения их юридической истории, европейские страны могут быть разделены на две группы. Если одна группа этих стран, связанных с Римом, постоянно находилась под воздействием Западной Европы, с которой они всегда были в тесных отношениях, то вторая группа, напротив, была отрезана на протяжении многих веков от остальных западных стран, попав на длительное время под турецкое господство.

Право в первой группе стран – Венгрии, Польше, Чехословакии, Хорватии, Словении – развивалось почти так же, как в Германии, Австрии и во Франции. В этих странах существовала сильно укоренившаяся юридическая традиция: право рассматривалось как одно из фундаментальных устоев об-

щества, лица с юридической профессией были наиболее уважаемыми его членами.

Во второй группе стран – в Албании, Болгарии, Румынии, Сербии – право исторически развивалось иначе. Как и Россия, эти страны долгое время испытывали на себе влияние Византии, а не Западной Европы. В Балканских странах турецкая оккупация на протяжении веков парализовала эволюцию права. В конце XIX – начале XX в. после завоевания независимости Балканские страны использовали опыт Центральной и Западной Европы.

После социалистической революции сложившиеся демократические юридические традиции были поставлены на службу нового строя. Создавалась система социалистического права. Принимались новые законы об аграрной реформе, национализации промышленности, транспорта, роспуске политических партий, о борьбе с контрреволюцией, о строительстве новых органов государства и т.п.

В Болгарии действие прежнего законодательства сразу полностью было отменено. В законе Болгарского Народного Собрания от 9 ноября 1951 г. «Об отмене всех законов, изданных до 9 сентября 1944 г.» говорилось, что отменяются как противоречащие Конституции и установленному в Болгарии после 9 сентября 1944 г. социалистическому законодательству и считаются недействительными все изданные до этого времени законы и другие нормативные акты.

В других странах старое законодательство использовалось, но лишь в той мере, в какой оно соответствовало новым задачам. Так, в Румынии продолжало действовать большинство нормативных актов довоенного времени, важнейшими из которых являлся Гражданский кодекс 1864 г., Торговый кодекс 1887 г., Кооперативный закон 1924 г., Водный закон 1924 г., Патентный закон 1906 г. Было отменено фашистское законодательство.

В ГДР по тем вопросам, по которым не были изданы новые законы, до 1975 г. применялись нормы Германского гражданского уложения (1896 г.) и Германского торгового уложения (1897 г.) при условии, что они не противоречили интересам социалистического правопорядка республики. В некоторых странах временно применялись не только отдельные нормы прежнего частного права, связанные с товарным производством, но и другие старые нормы, например нормы уголовного и административного права.

Необходимо подчеркнуть и то, что отмена норм старого права чаще всего проводилась не законодательным путем, а в процессе правоохранительной деятельности органов государства (с помощью решений по конкрет-

ным делам, например решений Верховного суда в Венгрии, которые имели принципиальное значение). На начальной стадии становления социалистического права в европейских странах нормотворческая деятельность судебных органов была весьма активной.

В отличие от СССР в европейских социалистических странах сохранилась преемственность и в области судебной практики. Польская судебная практика вплоть до 90-х годов продолжала ссылаться на довоенную судебную практику.

Таким образом, в европейских социалистических странах на начальном этапе становления правовой системы весьма длительное время существовало своеобразное «двоевластие» в области права. Такое положение было необходимо по двум причинам: во-первых, чтобы во время зарождения новой правовой системы не образовался большой юридический вакуум; во-вторых, чтобы социалистическое право могло использовать демократические элементы имевшихся богатых юридических традиций.

Развитие социалистических правовых систем во многом зависело оттого, как произошел революционный переворот. В европейских социалистических странах переход от капитализма к социализму произошел в относительно мирных условиях, без гражданской войны, что в значительной мере повлияло на формирование социалистических правовых систем.

Во время относительно мирного перехода пересмотр старых законов не представлялся настоятельной необходимостью и фактически осуществлялся достаточно медленно. Более медленными темпами проходил и процесс кодификации. Одни европейские страны вначале создавали Общую часть какого-либо кодекса и этим путем в законном порядке закрепляли те новые основные принципы, в соответствии с которыми следовало применять еще сохранившуюся в силе Особенную часть (так, в Польше была создана новая Общая часть ГК, а в Венгрии – УК); другие кодифицировали лишь отдельные основные части надлежащего материала и в особых законах соответственно регулировали только такие вопросы, которые, как правило, составляют отдельные главы Особенной части того или иного кодекса.

Европейские социалистические правовые системы характеризовались единством их составных. Единство правовой системы, ее построение и внутреннее подразделение определялись многими факторами. Существенную роль играли развитие правотворчества, источников права и, естественно, правовые воззрения и идеи, в том числе и научные представления о системе права.

В ходе исторического развития в социалистических правовых системах возникали новые отрасли, причем некоторые из них в одних странах появились на первом этапе правового развития, а в других – значительно позднее.

При делении права на отрасли образцом для всех зарубежных социалистических правовых систем служило советское право. Тем не менее, существовали некоторые различия в построении системы права в разных социалистических государствах, особенно в делении права на отрасли.

Гражданские кодексы существовали не во всех социалистических странах. В Румынии положения ГК 1864 г. применялись не полностью – за исключением частей, касающихся семейных и личных отношений, которые были урегулированы новыми законами.

В ряде стран (Болгария, Албания) кодификация гражданского права проходила в виде принятия нескольких законов. Гражданско-правовые отношения в Болгарии регулировались рядом законов. Среди них наиболее важными были закон о наследстве 1949 г., закон об обязательствах и соглашениях 1950 г., закон о правах граждан на собственность 1973 г. Последний определял максимальные размеры недвижимости на одно лицо, устанавливая в отношении строения или территории, отводимой под строение, возрастающий в прогрессии налог на недвижимость. При превышении установленного максимального размера закон определял единый порядок передачи права собственности на недвижимые материальные ценности.

Гражданско-правовые отношения в Албании также регулировались лишь отдельными законами, такими, как закон о собственности 1955 г., закон о государственных предприятиях 1954 г. Единственным албанским кодексом был Кодекс законов о семье 1965 г.

Для социалистического гражданского права было характерно, во-первых, единообразное регулирование имущественных отношений (например, торговые отношения не выделялись, как в романо-германском праве), а во-вторых, выделение таких самостоятельных отраслей, как трудовое и семейное право.

В Польше вопреки принципу единства гражданского права действовала значительная часть Торгового кодекса 1934 г., а именно та, которая касалась торговых обществ. Этот Кодекс применялся довольно долго.

В Чехословакии было принято три кодекса: Гражданский кодекс 1964 г., регулирующий отношения социалистических организаций с гражданами в сфере услуг и имущественные отношения между гражданами; Хозяйственный кодекс 1964 г., регулирующий имущественные отношения между социа-

листическими организациями, а также некоторые вопросы хозяйственного управления; Кодекс международной торговли 1963 г., регулирующий договоры в области внешней торговли.

ЧССР – одно из первых в мире государств, принявших закон о международном частном праве, регулирующий отношение национального права к правовым порядкам иностранных государств. В 1948 г. был принят закон о международном и межобластном частном праве и о правовом положении иностранцев в сфере частного права. В 1963 г. этот закон был заменен новым законом о международном частном и процессуальном праве.

Государственная социалистическая собственность была принята во всех социалистических странах, за исключением Югославии, где общественная собственность в соответствии с Конституцией 1974 г. была передана в непосредственное ведение ассоциированных объединений трудящихся и единственным владельцем всего неделимого фонда являлось само государство. А государственные предприятия и организации имели определенные права на собственность, которая была закреплена за ними и которой они владели в процессе своей деятельности.

Все социалистические страны Европы осуществляли социалистические преобразования в сельском хозяйстве через кооперативное производство. Следовательно, для всех стран характерно было выделение сельскохозяйственного кооперативного права в самостоятельную отрасль права.

Для федеративной системы ЧССР было характерно преобладание общегосударственных актов. Это обуславливалось особенностями возникновения Чехословацкой федерации. В правовой системе этой страны действовали нормативные акты, принятые еще в условиях унитарного государства. Конституционный закон о Чехословацкой федерации устанавливал, что все законы и другие правовые предписания, действующие в день вступления в силу данного конституционного закона, и далее продолжают оставаться в силе. Из существующих приблизительно 480 законов за время существования Чехословацкой федерации была издана лишь пятая часть. Таким образом, федеративная правовая система ЧССР сохраняла существенные черты, которые определяют ее единство, сложившееся в условиях унитарного государства.

На основании конституционного закона о Чехословацкой федерации вся правовая система была приведена в соответствие с федеративной формой государственного устройства, введено федеративное устройство в системе органов суда и прокуратуры. С этой целью проводилась кодификационная

работа. В 1973 г. в новых редакциях были изданы Уголовный и Уголовно-процессуальный кодексы, Гражданско-процессуальный кодекс и др.

В ЧССР и СФРЮ вопрос о соотношении законов федерации и ее субъектов решался неодинаково. В ЧССР, как и в СССР, применялось «классическое» правило, т.е. признавался абсолютный приоритет общесоюзного закона. В Югославии в случае коллизии законов до решения Конституционного суда применялся закон социалистической республики или края. Вместе с тем это правило не являлось типичным для всей республики. Например, в Сербии в случае коллизии закона республики и автономного края применялся общесоюзный закон. Часто встречавшиеся на практике противоречия между положениями законодательств различных республик и краев обусловили принятие закона о законодательных коллизиях и компетенции в отношении устава (статуса) личности, семьи и наследства 1979 г.

Советская правовая система

В советской юридической науке утверждалось, что в СССР реализуется принцип верховенства закона в системе источников права. На самом деле иерархия юридических актов выглядела иначе.

1. В пирамиде системы правовых норм находились правила, исходившие от Центрального Комитета ВКП(б) – КПСС либо от их подразделений – Политбюро (Президиума), Оргбюро, Секретариата, отделов. В силу сложившегося политического обычая эти нормы имели приоритет перед любыми другими правовыми актами.

В то время как страны англосаксонской и романо-германской правовых семей переходили к демократическим формам законодательства на протяжении полутора, а то и двух-трех веков, СССР обрел всеобщее (в том числе для женщин) избирательное право почти мгновенно – в ходе революции 1917 г. Однако правосознание основной массы населения оказалось абсолютно неподготовленным к реальному народовластию. Идеи о революционном скачке в народоправство разбились сразу, как только столкнулись с подлинными правоотношениями. Не желая отказываться от прежних лозунгов и программных установок, КПСС, однако, силой обстоятельств стала выполнять функцию дореволюционной аристократии (конечно, без ее культуры, традиций, образования и на совершенно иной идеологической базе).

Хотя правотворческая задача «пролетарской аристократии» была predetermined историей, реализация этой миссии проводилась с прямолинейной напористостью, свойственной, впрочем, всякой новой политической элите.

Партийные комитеты, начиная с Центрального, издавали постановления, адресованные «непосредственно государственным» (советской ветви) учреждениям, тогда как с точки зрения формальной юриспруденции они могли обращаться только к членам своей партии в этих учреждениях.

Выпячивание командной роли парткомов противоречило пропаганде преимуществ социалистического строя. Поэтому с середины 30-х годов получила широкое распространение практика издания совместных постановлений ЦК ВКП(б) – КПСС и Совета Министров (СНК) СССР. Она стала формой легализации государственного нормотворчества партийных комитетов. С партийной точки зрения любое такое совместное постановление играло роль директивы для парткомов и для рядовых коммунистов. А участие правительства в его утверждении придавало акту общеобязательный юридический характер. На практике совместные партийно-государственные решения нередко рассматривались правоприменительными органами как надзаконные, что приводило к подрыву принципа верховенства законов.

2. Значительную конкуренцию законам составляло ведомственное правотворчество. Чтобы замаскировать вопиющие факты попрания авторитета закона, «верхи» стали расширительно толковать понятие «законодательство».

Огромная масса циркуляров, правил, регламентов, инструкций сопровождала каждый шаг руководителя предприятия, цеха, директора школы, вообще любого специалиста. К концу 70-х – началу 80-х годов только в сфере управления народным хозяйством накопилось до 200 000 различных приказов, инструкций и иных подзаконных актов. Многочисленные предписания подавляли количеством, противоречили друг другу и законам. Руководители ведомств явочным порядком присвоили себе своеобразное право вето на законодательные акты: установился порядок, когда даже законы СССР действовали в системе данного ведомства только после издания министром соответствующего приказа.

3. Таким образом, собственно законы в реальных правоотношениях оказались вытесненными с верхнего яруса в пирамиде источников права. Этому способствовало то, что самих актов законодательства было принято очень мало: за полвека, прошедшие от опубликования Конституции 1936 г. до преобразования советского парламента в 1988 г., Верховный Совет СССР принял всего 81 закон. Цифра возрастет вдвое, если присовокупить к ней законодательные акты об утверждении народнохозяйственных планов, о

бюджете страны и об утверждении указов Президиума Верховного Совета СССР.

В то время как западноевропейские парламенты ежегодно на протяжении многих лет готовят по несколько сотен законов, парламентские органы Союза ССР обнаруживали сходную производительность законотворчества только по совокупности всех лет существования советской правовой системы.

Причем главным законодателем в советской – непартийной – части государственного аппарата стал узкий круг лиц, избравшихся не населением, а Верховным Советом, а на деле – его Президиумом. В Конституции СССР 1936 г. Президиуму Верховного Совета поначалу отводилась роль толкователя законов, которые издавались на сессиях парламента. Но этот компактный, немногочисленный по составу и всегда находившийся «под рукой» государственный орган оказался удобным для штамповки одобренных высшими партийными инстанциями решений. Явочным порядком через Президиумы Верховного Совета СССР, а также союзных и автономных республик стали проводиться указы, вносящие изменения и дополнения в законы СССР и соответствующих республик.

В конце 40-х годов практика «указного» законотворчества была легализована поправкой в Конституции. В результате большая часть законодательных норм вводилась посредством указов Президиума Верховного Совета, санкционированных впоследствии Верховным Советом СССР. Как правило, сессия штамповала эти указы, практически даже не создавая видимости их обсуждения. За 1938-1985 гг. Верховный Совет издал 120 законов об утверждении указов своего Президиума, причем обычно одним актом санкционировался сразу пакет указов.

Малочисленность законов открывала широкий путь для ведомственного и партийного правотворчества, необходимого в создавшихся условиях. Поэтому качество многих законов и указов оставалось очень низким.

4. Законодательные акты в СССР страдали отсутствием механизма реализации закрепленных в них норм. Большая часть законов брежневской эпохи, особенно касавшихся охраны окружающей среды, памятников истории и культуры, народного образования, прав и свобод граждан, были сформулированы абстрактно и не предусматривали реальных санкций за их нарушение.

Граждане Советского Союза не могли воспользоваться важнейшими конституционными правами, поскольку долгие годы не издавались законы, в

которых были бы регламентированы порядок реализации свободы слова, печати, права на проведение митинга или шествия и др. Почти 12 лет (1977-1989 гг.) не принимались законы о судебном обжаловании незаконных действий должностных лиц и о всенародном голосовании (референдуме). Поэтому многие конституционные декларации оставались на бумаге.

5. Другой негативной чертой советского законодательства была его недостаточная систематизированность, а также труднодоступность нормативных материалов для граждан, учреждений, предприятий и организаций.

Подобная ситуация стала отголоском сталинизма в юриспруденции: в 30-50-х годах засекречивались даже Кодекс законов о труде и Положение о товарищеских судах, которые, казалось бы, должны были быть самыми доступными актами права. Большая часть общесоюзных нормативных правовых актов не подлежала широкой публикации, а рассылалась в полужакрытом порядке по административным каналам.

Господство партийного и ведомственного законодательства затрудняло проведение кодификационных работ. Пожалуй, наиболее удачным был опыт нэпа, когда кодификация охватила все сферы общественной жизни. За полтора года законотворческой деятельности в 1922–1923 гг. было подготовлено семь кодексов: Уголовный, Кодекс о труде, Земельный, Гражданский, Уголовно-процессуальный, Гражданский процессуальный и Лесной. Вскоре последовало издание нового Кодекса законов о браке, семье и опеке и Положения о судостроительстве. А в 1927 г. вышло в свет «Систематическое собрание законов РСФСР».

С образованием СССР аналогичные работы проводились в сфере союзного законодательства: были приняты Основы судостроительства Союза ССР и союзных республик, Основы уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик, Общие начала землепользования и землеустройства, Воздушный, Таможенный кодексы и ряд других важных кодификационных актов. В 1927 г. появилось неофициальное «Систематическое собрание действующих законов СССР», состоявшее из шести томов.

Казалось бы, создавалась возможность для повторения удачного опыта М.М. Сперанского и создания законов СССР и союзных республик. Однако крутая ломка общественных отношений, предпринятая сталинским руководством в конце 20-х – начале 30-х годов, сняла вопрос о комплексной систематизации законодательства с повестки дня.

На протяжении последующей четверти века в СССР не проводилось никакой систематизации и кодификации законодательства. К середине 50-х

годов только союзных актов (законодательных и правительственных) накопилось около 400 000. Они вносили полную неразбериху не только своим количеством, но и низким юридическим качеством.

Во второй половине 50-х годов возобновилась кодификация. Она началась на союзном уровне и ознаменовалась принятием новых Основ законодательства Союза ССР и союзных республик: уголовного (1958 г.), гражданского (1961 г.), земельного и о браке и семье (1968 г.), исправительно-трудового (1969 г.), о труде (1970 г.) и др. Введение в действие этих Основ и не замедливших последовать за ними соответствующих новых республиканских кодексов позволило не только систематизировать накопившийся нормативный правовой материал, но и существенно изменить его. С одной стороны, произошла гуманизация публичного права, с другой – гражданское законодательство оказалось приведенным в соответствие с реальностями огосударственного народного хозяйства (до этого сохранялись ставшие абсолютно бесполезными нормы нэповских гражданских кодексов, регулировавшие отношения частной собственности и пр.).

На базе этой – третьей в истории советского права – кодификации (1918-1919 гг., 1922-1930 гг., 1958-1970 гг.) в середине 70-х годов началось осуществление программы издания Свода законов СССР и союзных республик.

В 1985 г. завершилось издание десятитомного Свода законов СССР. Всего в Свод законов было включено 1367 нормативных актов. Будучи нестабильными по содержанию (оперативное обновление которого так и не удалось наладить), эти тома остались мертвым па мятником эпохи застоя. Таким образом, полная кодификация советского права – даже в части официального законодательства, без учета партийных и ведомственных норм, игравших фактически роль законов – так и не состоялась.

6. Особняком в системе источников советского права стояли судебная практика и обычаи. Следуя традициям романо-германской правовой семьи, советские юристы допускали существование обычного и судейского нормотворчества только в порядке исключения и при обязательном сохранении формального верховенства закона. Так, применение обычаев допускалось в морском праве (обычай порта при морских перевозках) и в земельном (местные правила решения земельных дел). Гораздо шире – хотя и явочным порядком – применялось прецедентное право: Верховные Суды Союза ССР и союзных республик анализировали судебную практику и на ее основе, а также при рассмотрении конкретных дел издавали постановления, которые име-

ли обязательную силу для нижестоящих судов и подчас весьма существенно корректировали нормы законодательства. К примеру, именно судебным толкованием была уточнена статья Кодекса законов о труде, позволявшая администрации уволить работника за прогул, т.е. трехчасовое отсутствие на рабочем месте без уважительной причины. Суд разъяснил, что указанное законом время прогула может быть исчислено и суммарно, если работник – вследствие опоздания, произвольных отлучек, самовольного ухода с рабочего места – в совокупности отсутствовал на работе в течение дня не менее трех часов.

В 20-х годах судебная власть осуществляла также конституционный контроль в СССР.

Согласно Положению о Верховном Суде СССР, принятому в 1923 г., в его задачу входило представление заключения по требованию Президиума ЦИК СССР о законности с точки зрения Конституции СССР тех или иных постановлений ЦИК и Совнаркомов союзных республик, а также СНК СССР. По предложению центральных органов союзных республик или по собственной инициативе Верховный Суд мог далее входить с представлениями в Президиум ЦИК СССР о приостановлении и отмене постановлений, действий и распоряжений центральных органов и отдельных наркоматов СССР, кроме постановлений ЦИК СССР и его Президиума, по мотивам несогласованности таковых с Конституцией СССР. Таким образом, функции Верховного Суда СССР в области контроля за исполнением Конституции в целом можно охарактеризовать как надзорные и консультационные. Окончательно все конфликтные дела рассматривал и решал сам Президиум ЦИК СССР.

Состоявшая при Верховном Суде прокуратура имела право входить непосредственно в Президиум ЦИК СССР с протестами на решения Верховного Суда СССР и его коллегий.

Хотя решающие полномочия сосредоточивались в руках Президиума ЦИК СССР, тем не менее, роль Верховного Суда и прокуратуры в осуществлении конституционного контроля была весьма существенной. Именно на их плечи возлагалась текущая работа по пересмотру огромного количества нормативных актов союзных и республиканских органов, выявлению нарушений конституционности, подготовке заключений по спорным вопросам применения Конституции. Об объеме этой работы можно судить хотя бы по следующим данным: в 1924 г. в Верховный Суд СССР поступило 277 нормативных актов для проверки их с точки зрения конституционности, в 1928 г. – 6272 нормативных акта.

В первые 40 лет существования советского правосудия в нем были представлены три основные формы процесса: состязательная (при рассмотрении гражданско-правовых дел), инквизиционная (применявшаяся Особыми совещаниями, «тройками» и «двойками») и смешанная (в общих уголовных судах).

Уголовно-процессуальное законодательство 1958-1960 гг. ликвидировало легальную основу инквизиционного судопроизводства, но не стало заменять смешанный процесс наиболее демократичным состязательным. Основы уголовно! о судопроизводства Союза ССР и союзных республик 1958 г. и Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР 1960 г. провозгласили действующими большинство из перечисленных выше принципов правосудия, впервые закрепили участие общественности в уголовном судопроизводстве, четко сформулировали права обвиняемого и обязанности должностных лиц по их реализации, определили основания для признания лица подозреваемым и его права, расширили процессуальные границы для деятельности защитника (адвоката). Но все это являлось прогрессивным шагом только по отношению к прежнему бесправному положению и не отвечало мировым стандартам демократического правосудия.

Суды, как и вся система юстиции, составляли важный элемент командной системы партийного руководства страной. Органы правосудия не могли быть гарантами прав человека, особенно когда речь шла о необходимости защитить его от могущественной государственной машины. Разделение властей – законодательной, исполнительной и судебной – отрицалось и в теории, и на практике.

Суды, находясь в центре системы уголовной юстиции, выступали как органы расправы, репрессии, а не как органы правосудия, так как законодатель ставил перед всеми органами уголовной юстиции общую задачу борьбы с преступностью.

По традиции, укоренившейся в сталинскую эпоху, процессуальное законодательство пренебрегало правами граждан. Суды, подчиняясь данной свыше установке об усилении борьбы с правонарушениями, почти отказались от оправдательных приговоров. Недостаточная требовательность судов к качеству проведенного предварительного расследования провоцировала следователей разными способами вымогать у подсудимых признание вины – эту средневековую «царицу доказательств».

Суды и все другие правоохранительные органы находились в фактической зависимости от местных властей. Они зависели от исполкома местного

Совета в материальном плане: «слишком» независимые судьи долго могли ждать получения жилья, испытывали трудности с отоплением, продуктовым снабжением, устройством детей в детский сад и т.п. Кроме того, ретивые администраторы были в силах организовать отзыв судьи с его поста или забаллотировать кандидатуру непослушного слуги Фемиды на ближайших выборах судей. Таким путем складывалось печально знаменитое «телефонное право» – предмет, не изучавшийся в юридических вузах, но весьма ощутимый и реальный в жизни.

Судьи состояли – практически поголовно – членами «правлящей партии». Институт партийной ответственности стал еще одним орудием подрыва конституционной нормы о независимости суда.

На протяжении всех лет советской власти суд так и не занял подобающего ему места в правовой системе общества, что связано как с традициями правового нигилизма, так и со стремлением партийной элиты заменять правосудие своим индивидуальным усмотрением. А ведь юстиция была и остается несущей конструкцией в любой правовой системе. Пренебрежительное отношение к правосудию прокладывает дорогу произволу, подрывает устои права и самого общества.

К 80-м годам советская правовая система оказалась в состоянии хронического кризиса. Он был вызван: неоправданной централизацией правотворчества, препятствовавшей принятию на местах наиболее рациональных управленческих решений; несостыковкой юридических норм и новых потребностей хозяйственного развития страны и отдельных предприятий; разрывом между законодательными постановлениями и их реализацией на практике.

Синхронное воздействие этих негативных факторов можно было преодолеть только с помощью всеобъемлющей и комплексной правовой реформы. Однако руководители СССР не сумели ее провести, а в конце 80 – начале 90-х годов пошли по пути десоветизации права, демонтажа социалистической правовой системы. Впрочем, умения не хватило и на это. Процесс преобразований вырвался из-под контроля, и в ходе революционных событий 1991 г. советская правовая система распалась на разрозненные элементы, сохраняющиеся в законодательстве бывших республик Советского Союза и в правосознании их граждан.

Правовые системы социалистических государств Азии

Между правовыми системами социалистических государств Азии и европейских социалистических государств существовали определенные различия, имеющие важное значение. Эти различия проистекали из своеобразия того исторического пути развития, который прошли азиатские страны, прежде чем стать государствами социалистического типа.

В развитии этих государств можно выделить три периода: период возникновения и становления права (вплоть до XIX в.); колониальный период; период становления, формирования и развития социалистических правовых систем стран Азии.

Рассматриваемые страны представляют собой особую историко-этнографическую область. Их народы связаны между собой близостью происхождения и общими историческими судьбами. Они испытали влияние двух древнейших великих культур – китайской и индийской.

В первый, доколониальный период в этих странах среди источников права центральное место занимало обычное право. Государство со своей стороны также воздействовало на обычаи, санкционируя те из них, которые ему были выгодны. Господство обычаев и обычного права обусловило особый характер государственно-правового строя азиатских стран. Существование обычаев создавало партикуляризм в праве. Например, характерная черта правовой жизни Вьетнама состояла в том, что многие общественные отношения, особенно те, которые непосредственно не затрагивали интересы централизованного государства, находились вне сферы правового регулирования. На эти отношения сильное влияние оказывали традиции и обычаи сельских общин: «в пределах деревни веление короля уступает место обычаю общин», «у государства свое право, а у общин свои правила». Вместе с тем встречалось немало писаных законов, в том числе актов индийского (Кампучия) и китайского (Китай, Вьетнам, Корея) происхождения, и в этот период история права азиатских государств знает несколько кодификаций права. Например, первым законодательным памятником монгольского права был «Яса» (по-тюркски, по-монгольски – дзасак – закон, постановление, запрет, наказание) Чингисхана 1291 г., в котором были кодифицированы обычаи, существовавшие в монгольском обществе. «Яса» содержал нормы государственного, административного (налоги, повинности), уголовного, гражданского права. «Великая Яса» Чингисхана служила основой для управления завоеванными странами.

Второй кодификацией монгольского права стали «Их цааз» (Великое уложение), или монголо-ойратские законы 1640 г., за которыми последовала

«Халха Джирум» 1709 г. Они юридически закрепляли сложившиеся в монгольском обществе общественные отношения и отражали степное право, получившее санкцию закона. В последующие годы в Монголии постепенно внедрялись законы, изданные маньчжурскими властями, в частности так называемое Уложение китайской палаты внешних сношений 1815 г.

Вьетнамское государство за свою почти тысячелетнюю историю четырежды осуществляло крупные кодификации законодательства (1042, 1244, 1483, 1815 гг.). Первые вьетнамские правовые тексты, известные как кодекс Хонч Дук и кодекс Гиа-Лонга, показывают, что вьетнамские тексты являются китайскими по происхождению, концепции и в деталях, однако в них инкорпорированы специфические местные элементы права. Эти правовые тексты описывают естественный и специальный порядок, основу которого составляют не законность, а скорее этико-моральные установки. Свод законов Зя-лонг, итог последней кодификации, представлял собой закон сугубо уголовно-правового характера. Французские колонизаторы использовали его без какого-либо изменения вплоть до конца 30-х годов XX в.

Правовая система Кампучии основывалась на индийском образце. Все доколониальные кампучийские правовые тексты, такие, как «Явы», «Джая Паттра», Хартия о налогах и земле и книга законов «Явы и Бали», свидетельствуют о том, что они большей частью копировали индийские тексты, но начиная с XIV в. – с тенденцией к возрастанию удельного веса местных элементов.

Средневековое кхмерское право было преимущественно казуальным и даже царские указы не имели обязательной силы для последующих правителей. В судопроизводстве пользовались также индийскими дхармашастрами. Для наказания преступников камбоджийская юриспруденция прибегала к исключительно жестоким мерам. Одним из серьезных нарушений закона считалось присвоение или порча чужой собственности. Широкое распространение получил «божий суд». Процедура расследования и суда была чрезвычайно громоздкой, медленной и бюрократической. В семейном праве прослеживалось существование правила гипсргамии, воспрещающего женщинам брак с мужчинами более низкого, чем у них, сословия. По обычному праву кхмеров власть и главенство в семье принадлежали мужчине, вплоть до права продажи жены и детей. Как правило, семья была моногамной.

Таким образом, основные черты права и множество юридических традиций азиатских стран, несмотря на их многовековые тесные культурные контакты с Китаем и Индией, вполне самобытны и всегда сохраняли свою

собственную, чрезвычайно своеобразную индивидуальность. Испытывая влияние китайского права, эти страны в то же время и сами оказывали на Китай определенное влияние. Например, выработанный в Монголии «Яса» Чингисхана, построенный в основном на китайских правовых нормах, в то же время испытал на себе и определенное влияние монгольского права. Так, за кражу скота – типичное преступление у кочевников – в юаньском законодательстве, помимо старокитайских «методов» вроде телесных наказаний, полагался еще и штраф в размере девятикратной стоимости украденного скота. В случае если похититель не мог внести такой штраф, все его имущество отбиралось, а сам он, его жена, дети и все рабы заточались в тюрьму. Штраф в размере девятикратной стоимости украденного скота, как и тюремное заключение в подобных случаях для жен, детей и т.д., представляет собой типично монгольскую форму наказания.

Взаимовлияние в области права во многом определялось тем, что в разные исторические периоды китайское право оказывало существенное влияние на развитие правовых систем других народностей Азии.

Во второй период французской колониальной оккупации ряд стран из числа рассматриваемых попали в колониальную зависимость

от Франции. Степень влияния французского права на правовые системы государств Юго-Восточной Азии, прежде всего, зависела от формы колониальной зависимости. С этой точки зрения они подразделялись на страны, находящиеся под французским суверенитетом (Кохин-Хина, Лаос), и страны под протекторатом – Камбоджа, Аннам, Тонкий. Вместе с тем следует отметить, что различия между той или другой группой стран касались в основном судеустройства, статуса жителей и земельного законодательства. Французская колониальная администрация стремилась кодифицировать право Лаоса, Камбоджи, Тонкина, а в Аннаме вплоть до 1930 г. сохранялись весьма оригинальные формы юридической администрации и права.

В результате многовекового влияния конфуцианства, а затем господства колонизаторов в азиатских странах в сознании различных слоев их населения укоренилось в целом негативистское отношение к праву, которое в отличие от Запада не рассматривалось как опора социального строя, а выступало в основном как орудие устрашения.

В Европе все имущественные отношения связывались с правом собственности, и быстро развивалось частное право, основу которого и составляют имущественные отношения. В Азии право получило преимущественно публично-правовое развитие и сводилось в первую очередь к администра-

тивной регламентации с жестко фиксированными обязанностями, строгой уголовной ответственностью.

По конфуцианской модели мораль, а не право является первоосновой общественной жизни, а управлять должны люди, а не законы. Право в этой модели – лишь репрессивное орудие, а следовательно, нежелательное зло.

В отличие от конфуцианства легизм отводил закону первостепенное значение. Закон был объявлен важнейшим орудием государственного управления, но имелся в виду уголовный, репрессивный закон. Таким образом, под влиянием и конфуцианства, и легизма в жизни азиатских обществ прочно укоренился «юридический негативизм».

Становление правовых норм социалистических государств Азии характеризовалось рядом специфических черт, обусловленных особенностями исторического, экономического, политического и правового развития.

В азиатских социалистических странах в отличие от европейских старое законодательство было отменено сразу. Например, в КНР в результате победы социалистической революции отменялись все дореволюционные законы. В частности, было принято решение о ликвидации гоминьдановского шестикнижья. В КНДР отмена действия старого права была ускорена тем обстоятельством, что в Корее, как японской колонии, действовало ранее японское право.

В ДРВ декретом от 10 октября 1945 г. было отменено действие старых законов, их разрешалось применять в виде исключения и только в тех случаях, когда они не противоречили принципу независимости и демократии.

На первом этапе развития социалистических государств Азии были созданы конституционные и другие акты, положившие начало новому строю и новой государственной организации. Вместе с тем здесь (за исключением, пожалуй, МНР) достаточно широко применялись обычаи, что объясняется неполным законодательным урегулированием общественных отношений и историческими особенностями развития права этих стран. Особенно широкой сфера применения обычая была в районах, населенных нацменьшинствами.

Существенна была и роль судебной практики и вообще правоприменительной и правоохранительной деятельности по созданию многих важных положений и понятий правовых систем социалистических государств Азии, которые позже легли в основу принятых кодификационных законодательных актов. В условиях, когда законодательство не было кодифицировано, руководящие разъяснения судебных инстанций имели немаловажное значение.

Позже в развитии правовых систем социалистических стран в Азии появились значительные различия. Так, в Монгольской Народной Республике правовая система была близка к модели европейских социалистических стран.

На развитие права в Социалистической Республике Вьетнам повлияла долготелая война. Особенность развития правовой системы Вьетнама, как и Кореи, заключалась еще и в том, что оно происходило в условиях раскола этих стран. Только после объединения двух частей СРВ сложились условия для создания единой правовой системы.

Проблема совершенствования законодательства в азиатских социалистических странах имела большую актуальность. В ряде стран приняты новые конституции (в КНДР, СРВ, КНР). В МНР в действующую конституцию внесены существенные изменения. Процесс совершенствования законодательства социалистических государств Азии происходил главным образом путем кодификации.

Следует отметить, что кодификация как форма совершенствования законодательства в азиатских социалистических государствах находится на начальном этапе. Правда, после принятия в этих странах новых конституций процесс кодификации был более планомерным. Эту тенденцию можно проследить на примере последней Конституции СРВ. Она дала мощный импульс совершенствованию законодательства страны. Всего за период 1981–1985 гг. было принято 43 нормативных акта, в том числе УК, КЗоТ, Указ о порядке землепользования, законы о местных органах власти, о гражданстве, об обеспечении общественной безопасности и др.

Правовая система Кубы

Правовая система, возникшая на Американском континенте в результате кубинской революции, явилась по своей классовой сущности одной из разновидностей социалистического права. Слом старого правопорядка проводился постепенно еще в период партизанской борьбы: начиная с местных правоохранительных органов, а затем, после победы социалистической революции, и центральных органов. Был упразднен репрессивный аппарат. Новое правосудие начало складываться уже в ходе революции. Были созданы революционные трибуналы, комитеты защиты прав революции, народная милиция, организации молодых повстанцев.

Наряду с военными трибуналами образованы и суды общей юстиции. Организационно общая юстиция мало в чем изменилась после революции. В

этом проявилась одна из особенностей кубинской революции – преемственность в организации некоторых государственных учреждений. Впрочем, кубинская революция в отличие от прежних социалистических революций не имела заранее созданных политических организаций, которые смогли бы стать основой государственной власти на местах, как Советы в России или национальные комитеты в Чехословакии и Польше.

В Республике Куба формально старое право не было отменено. Поэтому действующее после революции право представляло собой сложное переплетение старых и новых нормативных актов. До завоевания независимости Куба в течение длительного времени (около четырех веков) была колонией Испании и ее право было преимущественно испанским. На территории Кубы действовал Гражданский кодекс 1889 г., Торговый кодекс 1885 г. и др. Использовался Кодекс социальной защиты 1938 г., УПК 1882 г., Военный процессуальный кодекс 1896 г. и др.

С созданием новых правовых норм отменялись отдельные нормы (не все) старого права. К примеру, в уже упомянутый Кодекс социальной защиты к 1965 г. было внесено свыше 150 существенных поправок и изменений. Такой путь правотворческой деятельности, который можно назвать путем новеллизации, по мнению кубинских юристов, должен был привести, в конечном счете, к созданию новых, социалистических кодексов. В течение длительного периода кубинское право в целом оставалось некодифицированным. А для удобства пользования новыми законами применялась оптимизация норм права по хронологическому принципу.

После длительного подготовительного периода была осуществлена кодификация отраслей права. Были приняты Общая часть Уголовного кодекса (закон от 25 июня 1973 г.), Кодекс социальной защиты (4 апреля 1936 г. с изменениями от 5 января 1974 г. и 27 января 1978 г.), закон об организации судебной системы 1977 г. В 1974 г. были приняты законы о гражданском, административном и трудовом процессе, а в 1977 г. – закон об уголовном процессе. Закон от 14 февраля 1975 г. ввел в силу Семейный кодекс. Наконец, в 1975 г. был принят пересмотренный ГК. Он воспроизвел те части старого Кодекса, которые не были изменены законами об аграрной и городской реформах, о национализации и новым Семейным кодексом.

Итогом процесса создания нового законодательства явилась первая кубинская Конституция, одобренная на референдуме прямым и тайным голосованием. Отражая общую тенденцию расширения пределов конституционного

регулирования, Основной закон охватывает своими установлениями все основные стороны жизни кубинского общества.

Политической основой общества Конституция провозгласила власть трудящегося народа, опирающуюся на прочный союз рабочего класса с крестьянством и другими слоями трудящихся города и деревни под руководством рабочего класса и его передового отряда – Коммунистической партии Кубы. В Основном законе страны закреплена социалистическая система ведения хозяйства, основанная на общественной собственности на средства производства, на ликвидации эксплуатации человека человеком.

Дальнейшее развитие законодательства страны проходило в соответствии с установками Конституции как высшего звена всей правовой системы Кубы.

За период 1976-1981 гг. Национальная Ассамблея приняла 33 закона, из которых 10 касается экономики, 10 – административного права. Ряд новых законов посвящен социальному обеспечению, вопросам культуры.

В области государственного правового строительства принята целая серия таких новых законодательных актов, как новый Регламент Национальной ассамблеи народной власти 1982 г., Регламентарные нормы для провинциальных Ассамблей народной власти и отдельно для муниципальных Ассамблей народной власти, избирательный закон 1982 г., закон о государственном нотариате 1984 г. Вместо закона об организации Центральной государственной администрации (1976 г.) в 1983 г. издан декрет-закон, определяющий правовое положение Совета Министров, министров, государственных комитетов и институтов.

Вопросы демократического управления кооперативами, их хозяйственной деятельности регулируются в законе о сельскохозяйственном кооперативе 1982 г. В этом же году утвержден закон об изобретателях и рационализаторах. В области социального строительства приняты закон о здравоохранении 1983 г., Трудовой кодекс 1984 г.; в 1982 г. вступил в силу Общий закон о жилище, устанавливающий порядок распределения жилища, управления жилищным фондом, обеспечения его сохранности. Значительный интерес представляет и закон об охране окружающей среды и рациональном использовании естественных ресурсов.

6. Перспективы развития социалистического права

После распада СССР и социалистической системы образовалось правовое пространство, где право характеризовалось следующими моментами:

- социалистическое право длительное время считалось классовым, выражающим интересы рабочих и крестьян, трудящихся;
- право рассматривалось как орудие государственной власти;
- в праве обеспечивались доминирующие интересы государства и отсюда приоритетная защита государственной собственности;
- право человека не получало признания как приоритетное;
- закон не занимал первенствующего положения в правовой системе, где главенствовали партийно-административные решения;
- не обеспечивалась в полной мере судебная защита прав юридических и физических лиц.

Курс на глубокие экономические и политические преобразования, движение к рыночной экономике в инфраструктуре, к демократии и плюрализму в политической системе открыли широкие возможности к сближению социалистического права с романо-германской правовой семьей не только по внешней форме, но и по содержанию. Это нашло свое отражение как в сфере частного права – признание многообразия форм собственности и важного значения частной собственности, свободного предпринимательства, появление ряда ранее отсутствовавших институтов торгового права, так и в сфере публичного права, где постепенно утверждаются основные параметры правовой государственности – разделение властей, первостепенная роль института публичных свобод, судебный конституционный контроль и т.д.

Какими путями будут развиваться правовые системы социалистических стран? Вольются ли они в романо-германскую правовую семью? Каким будет общее правовое постсоциалистическое пространство? Эти вопросы требуют объективных ответов, ибо без них правовое развитие этих стран будет стихийным и подверженным любому внешнему воздействию.

В юридической науке обсуждается несколько вариантов развития постсоциалистической правовой семьи.

Вариант первый – «возвращение» традиционных правовых семей и прежде всего континентального права. Действительно, многие правовые идеи и принципы реально становятся общими и воспринимаются в России, Чехии, Польше и других странах, «копируются» законодательные акты. Но всегда ли удастся отвлечься от исторических правовых корней, пренебречь правопреемственностью и правовыми взглядами граждан, которые не меняют их коренным образом?

Вариант второй предложен учеными-юристами, которые считают возможным формировать общее славянское право с приоритетным влиянием

российских правовой идеологии и законотворческих новелл. Культурно-историческая, религиозно-этическая и морально-психологическая общность народов служит фундаментом для этого процесса.

К такой перспективе побуждают общность правопонимания и источников права, некоторые традиционные коллективистские структуры и формы правового общения, традиции общего юридического языка, построения законодательства, сохранения нормативных текстов. Усиление интеграции славянских народов и государств способствует развитию данной тенденции.

Вариант третий – постепенное формирование на постсоциалистическом пространстве двух-трех правовых семей: прибалтийской с тяготением к скандинавской правовой семье, славянской правовой семьи в сочетании с азиатско-мусульманской правовой семьей, центральноевропейской с тяготением к романо-германской семье. При сильном взаимовлиянии будет трудно жестко структурировать разные правовые семьи, но их мировоззренческие истоки и проявления правопреимственности могут быть выражены более или менее отчетливо.

Благодаря новым тенденциям традиционная близость социалистического права к романо-германской правовой семье становится существенным фактором, способствующим сближению двух рассматриваемых моделей. Унификация в ее международно-правовых формах – это не единственный, хотя и наиболее известный способ сближения национальных правовых систем. Для формирования общего правового пространства не меньшее, если не большее значение имеет такой путь сближения этих систем, как расширение их общих черт, принципиальных установок, усиление сходства правовых норм и соответственно судебной практики.

В процессе сближения романо-германской и социалистической правовых семей значительная роль принадлежит юридической науке, которая призвана, во-первых, способствовать обоюдному преодолению сложившихся идеологических стереотипов и, во-вторых, теоретически проанализировать и обосновать возможные направления развития рассматриваемых правовых систем. Особенно значительная нагрузка ложится при этом на сравнительное правоведение.

Правовая система Англии

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 обще-

го 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».

Структура, источники и основные группы английского общего права

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.

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 различие > права и закона носит несколько иной и одновременно более ярко выраженный характер, чем различие 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 судебных 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 английское 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.

Прецедентное право Англии

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 английского общего права

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 доктри-

нально, 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 чesки 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, создает-

ся 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 скорости 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 в 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 други-

ми 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 рас-

смаатриваются 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.

Правовая система Шотландии

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 разъездные 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 на 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:

- в отличие от Англии в Шотландии не было дуализма гражданского права в виде параллельной общему праву системы норм права справедливости;
- в Шотландии не получили развития иски, как это было в Англии;
- 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 Шотлан-

дии. 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 результа-

те 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.

Правовая система США

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 вме-

сте 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, нередко

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», а 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. Следо-

вать 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. Подго-

товку 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: общие положения; продажа; торговые бумаги; банковские депозиты и инкассовые операции; аккредитивы; комплексное учреждение; складские свидетельства, коносаменты и другие товарораспорядительные документы; инвестиционные ценные бумаги; 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 определяют

ся 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.

Понятие и основные категории правовой системы США

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. Иностранному юристу следует 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».

Источники американского права

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, то 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 приведенными выше источниками существует четвертый источник американского права – обычай (Custom). Его 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 не 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 позволялось. 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.

Особенности современного американского права

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 системы 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 дополняется 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 приня-

тые решения или на отказ от прецедента. При рассмотрении конкретного дела суд вправе переоценивать факты применяемого прецедента, отнесенные к основным обстоятельствам.

Современные тенденции развития американского права

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 так же, 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.

Итак, правовая система США представляет собой сложное, комплексное, динамичное явление объективной действительности, которое находится в тесной взаимосвязи со всеми процессами, присущими современному американскому обществу. Ее правильная оценка и прогноз тенденций развития предполагают глубокое знание как истории этой страны, в особенности исторической эволюции ее Конституции и конституций американских штатов, так и всего спектра внутренних противоречий и юридических проблем современного американского общества.

Правовые системы стран Британского Содружества

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 принад-

лежали 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 имела 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 legislatures, либо приказами в Совете, учреждающими колонию. В них содержалась общая формула, согласно которой такие законы Англии, которые существовали, когда колония получила местную legislatures, 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 указы в Совете о Конституции закрепляют принцип континуитета. Обычно в приказе содержится формула, согласно которой существующее право продолжает оста-

ваться 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 парламентами 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.

Классификация национальных правовых систем стран Британского Содружества

В настоящее 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 обуславливают 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 в основании (или общее) право. Последнее включает обычаи, а также принципы и нормы общего права и права справедливости Англии в 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 общего права соседствуют с обычным правом. Гражданская и уголовная юрисдикция в Кирибати осуществляется в соответствии с принципами английских статутів 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 Англии на 11 августа 1902 г., а также принципы английского общего права и доктрины права справедливости. Наряду с этим традиционными судами применяется обыч-

ное 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.

Прецедентное право и общее правовое наследие стран Британского Содружества

Английское общее право является важным фактором, воздействующим на развитие Британского Содружества. Сходство в правовых системах стран Содружества обуславливает 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). То 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 образцу 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 английскими 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.

Особенности правовых систем Канады, Австралии и Новой Зеландии

Соотношение английского права и местного обычного права

Особенность правовой семьи общего права заключается в том, что английское общее право распространилось и на другие страны. Сформировалась целая группа стран, где специфика английского юридического мышления, подхода к правовым вопросам была определена историческим процессом создания права судами.

Процесс распространения английского общего права складывался по-разному в силу особенности взаимодействия Соединенного Королевства со своими колониальными владениями. Если обретение Соединенными Штатами независимости, несомненно, нашло отражение в своеобразии развития их права, то Канада, Австралия и Новая Зеландия весьма длительное время испытывали влияние английского права, которое имело прямое действие на территории этих стран. В них не только произошло заимствование принципа прецедента, но и само английское общее право во многом укоренилось в национальных правовых системах.

Развитие ряда отраслей права этих стран идет по пути модернизации старых английских законов, в частности в традиционных гражданско-правовых сферах. Например, классический институт договора купли-продажи в Канаде, Австралии и Новой Зеландии основывается на английском законе о продаже товаров 1893 г. Дальнейшее регулирование этих отношений шло по пути принятия отдельных актов, регулирующих более частные

вопросы. При этом в Австралии сложность заключалась в том, что федеральный парламент, согласно Конституции, не имеет полномочий по регулированию отношений по купле-продаже, но может принимать законы, регулирующие деятельность корпораций. Отсюда австралийский закон о торговой практике 1974 г. касается тех отношений, где продавцом выступает корпорация.

Во второй половине XIX в. экстерриториальное действие английского права сначала ограничивается статутным правом (законом о действительности колониальных законов 1865 г.), а затем его действие детерминировано Вестминстерским статутом 1931 г.

Конституция Канады 1982 г. (ст. 2) прямо устанавливает, что никакой акт английского парламента, принятый после Конституции, не будет распространяться на Канаду и являться частью ее внутреннего права.

Отличительной чертой современной правовой семьи общего права является общее взаимное влияние права входящих в него стран. Это связано с широким утверждением принципа «убедительного прецедента». Отмечается своеобразное положение, когда судебное решение, утвержденное в одной судебной иерархии обязательным прецедентом, т.е. источником права, может показаться столь убедительным для суда другой судебной иерархии (в том числе другой страны), что суд может принять свое решение на его основе и иностранный прецедент, таким образом, станет источником права страны суда.

Например, прецедент, установленный апелляционным судом австралийского штата Новый Южный Уэльс, может стать убедительным для Верховного суда штата Виктория; прецедент, установленный Высшим судом Австралии, – для Верховного суда Канады, и т.д. Подобное «перетекание» прецедентов в правовых системах англосаксонской правовой семьи утвердилось достаточно основательно. Так, 50% прецедентного права Новой Зеландии проистекает из Соединенного Королевства, 10% – из Австралии, определенная часть (точных данных нет) – из Канады. В Австралии 1/3 прецедентного права исходит из убедительности английских прецедентов, около 1% – новозеландских. Даже сама Великобритания черпает прецеденты из Австралии, Канады и Новой Зеландии (в общей сумме около 1%).

Право стран Содружества более сходно, и в этом плане в англосаксонской правовой семье оно противостоит американскому праву. Тем не менее всегда наблюдалось конкурирующее влияние американского права (особенно усилившееся после Первой мировой войны) на Канаду, Австралию и Новую

Зеландию. Прежде всего, это касается Канады. С другой стороны, интерес Канады и Австралии к американскому праву обусловлен сходством ряда проблем (действие писаной Конституции в общем праве, взаимодействие права федерации и ее субъектов).

В традициях англосаксонской правовой семьи отрасли права формируются при наличии определенного количества норм, регулирующих сходные отношения. В современном общем праве наряду с традиционными отраслями (гражданское право и процесс, уголовное право и процесс, конституционное право) значительно увеличивается перечень отраслей – детское право, железнодорожное право, право охраны окружающей среды, право, регулирующее планирование городов и зонирование. Многие отрасли получили дальнейшее развитие. К примеру, новым содержанием наполнился договор купли-продажи в связи с развитием новых форм торговли. Частично из деликтного права развилось право социального страхования. Такие отрасли, как трудовое право, право социального обеспечения, наиболее наглядно выявляют взаимодействие правовой и социальной систем.

В современный период весьма важной стала проблема прав коренного населения (австралийских аборигенов, новозеландских маори, канадских индейцев). В данном случае речь идет не о правовом регулировании положения коренного населения (подобные законы имеются во всех трех странах – канадский закон об индейцах, новозеландский закон о благосостоянии маори 1962 г. и др.), а о взаимодействии национальных правовых систем с обычным правом коренного населения. Несмотря на то что колонизаторы привнесли с собой свое право, утвержденное силой завоевателя, социальные нормы и обычаи коренного населения невозможно было полностью искоренить. Проблема заключается также в том, что особенность представления аборигенов о социальной справедливости, их религиозные убеждения определяют и особый подход к понятию преступления, доказательствам его совершения и т.д. Однако, как правило, в данных странах привнесенное право является общим для всего населения.

В Новой Зеландии конституционным актом 1852 г. (ст. 71) королева была наделена полномочием издавать акты, придающие обычаям маори силу закона, а также было установлено, что обычаи не могут быть признаны недействительными на основании противоречия английскому праву. Однако данное положение хотя и не отменено, но никогда не применялось. Законом 1865 г. о землях коренных жителей был создан специальный суд по делам землепользования маори, а в 1894 г. – апелляционный суд маори. При рас-

смотре́нии дел происходила трансформация обычного права маори в нормы общего права, что, по мнению судей, способствовало переходу людей из государства общинного коммунизма в государство, в котором собственностью можно владеть раздельно.

В Австралии к концу XIX в. сложилась единая правовая система для всех жителей – белых и цветных.

Факт признания обычного права неоднозначен; он ведет к пересмотру, прежде всего, деятельности правоприменительных органов, традиционно ориентированных на общее право. В конце 70-х годов в ряде австралийских штатов были созданы комиссии по вопросу признания обычного права аборигенов. При обсуждении этого вопроса значительное внимание уделялось судебной деятельности, созданию специальных судов для аборигенов (Северная Территория), выборам судей для рассмотрения споров между аборигенами (Западная Австралия). В Квинсленде действует суд по делам аборигенов и островитян Торрессова пролива.

Если проблема действия обычного права коренных жителей в национальных правовых системах стоит во всех трех странах, то особенность развития права Канады и Австралии осложняется тем, что в этих странах в силу их федеративного устройства действует несколько правовых систем на федеральном уровне и на уровне субъектов федерации. Причем в Канаде в силу исторических причин в девяти провинциях действует общее право, а в провинции Квебек уживаются романо-германское гражданское право и общее уголовное право.

В каждом австралийском штате и канадской провинции действуют своя конституция, законодательные, исполнительные и судебные органы, чьи полномочия определены конституцией и иными нормами. Австралийская Конституция – единственная из писаных конституций общего права, которая устанавливает (ст. 109), что «если право штата несовместимо с правом Союза, последнее имеет преимущественную силу; право штата недействительно в той части, в которой оно несовместимо с правом Союза». Понятие несовместимости исторически наполнялось новым содержанием, но при этом прослеживалась общая тенденция, направленная на то, чтобы ст. 109 стала еще более правовой формой укрепления федеральной власти: при судебном разбирательстве те положения, которые считались общими для властей двух уровней, при толковании по принципу несовместимости утверждались как исключительно федеральные.

Принцип приоритета федерального права в Канаде не закреплён конституционно, равно как и в США. Однако судебная практика установила, что в случае конфликта права доминиона и права провинций первое преобладает. В отличие от США, где на вопрос, есть ли федеральное общее право, дается однозначно отрицательный ответ, в Канаде и Австралии нет столь категорического отрицания. Основание признания федерального общего права – действие прецедентов по тем вопросам, которые по Конституции входят в перечень регулируемых федеральным парламентом, но по которым последний не принял соответствующего закона. Кроме того, инкорпорация посредством ссылки на провинциальный закон или прецедент переводит их в ранг федерального права.

Споры о пределах правовой системы того или иного уровня обычно решаются в судебном порядке (иногда прямо в форме исков провинции (штата) к федерации). Другое направление – установление единообразия в праве по всей федерации. Подобную проблему решают правовые комиссии, разрабатывающие модель соответствующего закона. Сложность заключается в том, что в силу разделения полномочий многие важные отрасли развиваются на уровне провинций (штатов), например купля-продажа в Австралии. В Канаде заключение брака регулируется правом провинций, развод – федеральным правом. В каждой провинции действует свое трудовое право. Существенно различается в этих странах и гражданское право.

Влияние английского права, тесное историческое развитие определили сходство многих правовых положений данных стран. Наряду с этим имеются и особенности, касающиеся характеристик правовых систем начиная с источников.

Источники права

Традиционным для права англосаксонской правовой семьи является деление на писаное и неписаное с их относительно мирным, органичным сосуществованием при доминировании прецедента. Проблема соотношения закона и прецедента становится одной из самых дискуссионных в странах общего права.

К статутному праву относится Конституция – акт, занимающий в национальной правовой системе особое место. В Австралии (подобно США) действует одна из старейших конституций – Конституция 1900 г. В Новой Зеландии, как и в Соединенном Королевстве, писаная Конституция в принципе отсутствует, есть только ряд актов английского и новозеландского парламентов. В Канаде Конституция отличается значительным своеобразием, так как

представляет собой не один акт, а целый ряд законов, принятых в период с 1867 по 1982 г.

Особенность Конституций Канады и Австралии заключается в том, что, будучи разработаны национальными органами, они были окончательно приняты английским парламентом и содержатся в его актах.

Конституция Австралии содержится в акте о Конституции Австралии, который состоит из девяти статей. Первые восемь статей посвящены некоторым общим положениям, касающимся акта, короны и Союза, а сама Конституция содержится в ст. 9. Акт о Британской Северной Америке 1867 г. (конституционный акт 1867 г.), а также последующие акты, составляющие канадскую Конституцию, тоже имеют ферму актов английского парламента. Конституционный акт 1982 г. содержится в приложениях А (на французском языке) и Б (на английском языке) к акту о Канаде, состоящему из четырех статей.

В Новой Зеландии нет писаной конституции. Это во многом результат специфики правовых систем общего права, прежде всего, следствие общего отношения судов к писаной норме. Еще английскими судами была выработана система жестких рамок, требование определенной структуры акта, характера изложения норм. Утверждение положения о том, что суд связан каждым словом закона, привело к тому, что и законы стали достаточно конкретными, во всяком случае в них содержалось множество определений применяемых понятий. В противном случае суд толковал их исходя из установок прецедентного права. Судебное прочтение закона в свою очередь становилось прецедентом. Прецедент довлел над писаным правом и определял его развитие.

Для конституций данных стран характерны черты конституций так называемого первого поколения. Они, как правило, ограничиваются определением полномочий государственных органов и принципов взаимодействия федерации и ее субъектов. В этом плане Канада стоит на особом месте, так как конституционный акт 1982 г. первым разделом включает в себя Хартию прав и свобод, составленную, однако, в духе общего права с ориентацией, прежде всего на судебное применение и развитие.

В правовой семье общего права конституция занимает особое место. Идея верховенства конституции здесь столкнулась с правовой деятельностью, определяемой господством прецедента. Конституции стран Содружества играют значительную роль не столько для внутреннего права, сколько для выражения их политической независимости.

В Австралии и Канаде, где действуют писанные Конституции, их верховенство по отношению к актам парламента было подкреплено развитием института конституционного надзора.

Проблема конституции и конституционного надзора связана с английской доктриной парламентского суверенитета, так как страны Содружества настойчиво пытались применить ее у себя. Принцип парламентского суверенитета (или законодательного верховенства) утвердился в Великобритании. Суть его сводится к следующему: парламент – правовой суверен, т.е. только он может принимать, изменять, дополнять законы; парламент может принимать законы по любому вопросу, какой сочтет нужным; никакой орган не может поставить под сомнение действительность актов парламента. Из этого принципа вытекает самое главное следствие – он обосновывал существование закона в прецедентном праве, что для Великобритании было очень важно.

Не менее важным это оказалось и для ее доминионов, хотя здесь развитие прецедентного права не предшествовало статутному – они развивались совместно. В наиболее «чистом» виде данный принцип был воспринят в Новой Зеландии с ее унитарным устройством и отсутствием писаной конституции, где парламент мог по своему усмотрению принимать любые законы без всякого ограничения.

В Канаде и Австралии признание суверенитета парламента было осложнено, во-первых, тем, что вследствие федерального характера государственного устройства в этих странах действовал не один парламент, а несколько (федеральный и законодательный органы провинций и штатов); во-вторых, законодательная компетенция парламента была определена в Конституции, следовательно, власть парламента не была суверенно-безграничной; в-третьих, в результате действий института конституционного надзора акты парламента могли быть признаны недействительными. Тем не менее, и в этих странах пытались утвердить принцип парламентского верховенства.

Если австралийская Конституция, следуя американской модели, устанавливает для федерального парламента определенный перечень вопросов, по которым он может принимать законы, оставляя остаточные полномочия за штатами, то канадский конституционный акт 1867 г. формально установил более централизованное государство. Он определил перечень вопросов исключительного законодательства федерального парламента и легислатур провинций, установив при этом, что федеральный парламент полномочен

принимать законы по всем вопросам, не входящим в перечень исключительного законодательствования провинций. Канада установила 29 пунктов исключительных законодательных полномочий федерации, 16 – легислатур провинций; Австралия – 39 для федерации; США – 18. При этом австралийская Конституция (ст. 51) допускает делегирование законодательных полномочий парламентов штатов федеральному парламенту; в Канаде ни Конституцией, ни последующей судебной практикой подобное положение не установлено.

Законодательный бум носит чисто количественный характер, он не затрагивает увеличения юридической силы закона. В австралийском штате Виктория с 1857 г. ведется сплошная нумерация актов парламента и можно легко проследить их рост. В первые 50 лет было принято 2074 акта. В последующие 50 лет число их почти удвоилось – 4029 актов (всего 6103). Затем за 20 лет было принято столько законов, сколько за первые 50 лет (2865). Число ежегодно принимаемых актов возросло с 40 до 143.

С ростом количества законов обостряется проблема их систематизации. В отличие от главы Содружества – Великобритании, которая до сих пор не знает ни одного кодекса, в данных странах процесс кодификации не нов. Во всех странах действуют уголовные кодексы, кодифицированы процессуальные нормы. В Новой Зеландии кодифицированы также торговые, земельные нормы. Кодификация в общем праве представляет собой соединение в едином акте норм прецедентного и статутного права, а реальное действие кодекса все же определяется прецедентным правом.

Особенность закона в общем праве заключается в том, что его необходимо рассматривать в тесной связи с практикой его применения. Именно судья является арбитром при определении того, что означает акт. При этом немаловажны те методы, которыми оперирует судья с законом, способы толкования. Судебное толкование представляет собой ту правовую конструкцию, исторически разработанную в Великобритании с учетом ее специфики (действие «жесткого прецедента» и принципа парламентского верховенства), которая была перенесена в другие страны.

Рост писаного права в странах общего права происходит за счет не только законов, но и актов исполнительных органов (делегированного законодательства). Сегодня это признанный источник права, хотя еще в начале XX в. законность его существования в странах общего права ставилась под сомнение. В отличие от романо-германской правовой семьи исполнительные органы стран общего права не имеют полномочия издавать «акты во испол-

нение закона». Для того чтобы издать акт, исполнительный орган должен быть наделен соответствующими законодательными полномочиями, что делается парламентом через закон. Закон выступает в качестве основы исполнительного нормотворчества.

Несмотря на увеличение значения статутного права, прецедентное право все же определяет своеобразие всех правовых систем англосаксонской правовой семьи.

По основным положениям доктрина прецедента в Австралии, Канаде и Новой Зеландии подобна английской и американской. Здесь приняты те же характеристики прецедента. Признание его источником права не вызывает сомнения. Принцип прецедента не только был заимствован из Соединенного Королевства, но и развивался под его контролем.

Судебный прецедент создается не любым судом и не в любом деле. Как правило, в странах англосаксонского права четко установлено, решения каких судов являются прецедентами. В связи с этим суды делятся на низшие и высшие. Только высшие суды вносят вклад в прецедентное право. Отсюда то значение, которое в Австралии, Канаде и Новой Зеландии придается судебной иерархии. Заимствовав из Великобритании принцип прецедента, страны многое взяли из английской судебной системы.

Судебная система

Наиболее стабильна судебная система Новой Зеландии. Она сформировалась в конце XIX в., и с тех пор в ней не произошло больших изменений. Деятельность судов регулируется статутами. В стране действует трехзвенная система: магистратские суды (закон о магистратских судах 1947 г.) – низшие суды; апелляционный суд (закон о дополнении к акту о судопроизводстве 1957 г.); Верховный суд (закон о судеустройстве 1908 г.) – высший суд.

Судебные системы Канады и Австралии более сложны в силу федеративного устройства стран. В США в подобных условиях действует дуалистическая система. Судебная система Канады ближе к судебным системам унитарных государств, чем федераций. В Австралии трехзвенная система судов на уровне штатов остается традиционной (магистратские, окружные суды и верховные). Сложности возникают с федеральной системой судов. Высокий суд Австралии является высшим судебным органом страны, который рассматривает дела между штатами и между гражданами различных штатов по первой инстанции, а также апелляции на решения федеральных судов и Верховных судов штатов.

Во всех странах действуют законы о присяжных, определяющие порядок выборов и устанавливающие круг лиц, которые не могут быть избраны на эту должность (люди с определенными физическими недостатками (глухота, слепота), невменяемые, занимающие ряд должностей (члены парламента и др.). В данных странах институт жюри в настоящее время сходит на нет.

Англосаксонский обычай, когда для обвинения человека необходимо было 12 свидетелей (позже просто 12 человек, которые могли справедливо рассмотреть дело на основании доказательств), уходит в прошлое. Практически не заседает «большое жюри» из 12 присяжных. В Новой Зеландии оно было запрещено законом о преступлениях 1961 г. «Большое жюри» рассматривает лишь уголовные дела в Канаде и Австралии, и то по особо опасным преступлениям, а по ряду преступлений подсудимый сам может выбрать суд присяжных. Большинство уголовных дел рассматриваются в магистратских судах (около 90%), где жюри не заседает. В них дела рассматривают мировые судьи, к которым не предъявляются требования иметь специальное юридическое образование. Только в Новой Зеландии по закону о магистратских судах 1947 г. судьи данных судов должны быть барристерами или солиситорами со стажем не менее семи лет. Гражданские дела рассматриваются с участием «малого жюри», состоящего из четырех – шести присяжных. В Канаде и такая практика незначительна. Рассмотреть дело судом присяжных могут потребовать стороны, но требование может быть отклонено. По ряду правонарушений присутствия присяжных требует закон, но по договоренности сторон возможно рассмотрение дела и без них. Вердикт присяжных выносится или большинством голосов (в провинциях Канады – Альберта, Онтарио, Квебек, а также в Новой Зеландии), или единогласно.

Реформа института присяжных обуславливается двумя моментами: во-первых, желанием сохранить институт присяжных как символ демократии правосудия и барометр господствующих в обществе идей; во-вторых, свертыванием института в связи с некомпетентностью присяжных, ненужной загруженностью людей, выполняющих эту функцию.

В противовес присяжным увеличивается роль судей. В их правовом положении видны значительные следы английского права (независимость и несменяемость судей, пока они «ведут себя хорошо»; была впервые закреплена английским законом о престолонаследии 1701 г.). Судьи назначаются генерал-губернатором по представлению парламента.

Еще одна тенденция современной юстиции Канады, Австралии и Новой Зеландии – рост специализированных судов и административных трибу-

налов в противовес общим судам. Эти органы имеют самые различные наименования (суды, комиссии, советы, трибуналы).

Решения специализированных судов могут стать источником прецедентного права; решения административных трибуналов – никогда.

Наиболее распространенные специализированные суды – семейные, суды по рассмотрению дел несовершеннолетних.

Административная юстиция как явление новое для стран общего права утвердилась в странах Содружества, несмотря на противоречия с принципом «господства права», обеспечивающим господство общих судов. Структура органов административной юстиции, процедура их деятельности наиболее разнообразны, что свидетельствует еще и о том, что она находится на стадии формирования. В Новой Зеландии создано административное отделение Верховного суда. В Австралии – трибунал по административной апелляции – орган с ограниченной юрисдикцией, но с широкой возможностью пересматривать решения министров, государственных ведомств и т.д. В Канаде апелляции рассматриваются Федеральным судом. Административная юстиция является существенной формой правоприменения, но не исключительной. В странах общего права существует термин *enforcement*, охватывающий применение права и государственными органами, и должностными лицами, и отдельными гражданами. Во всех трех странах приняты законы, регулирующие оказание населению правовой помощи. В частности, установлено, что лица, которые в связи с тяжелым материальным положением не могут уплатить соответствующей суммы, она может быть снижена или лицу может быть оказана помощь бесплатно. Дороговизна рассмотрения дела в общем суде является одной из преград для обращения в него многих граждан. Подобные законы, несмотря на ограничения, несомненно имеют большое значение. В Новой Зеландии закон 1969 г. о правовой помощи установил целую систему органов для ее реализации во главе с министерством правовой помощи. В Австралии создана федеральная комиссия по правовой помощи, призванная координировать работу по всей стране, на уровне федерации и штатов. В Канаде подобной централизации нет. Там все решается на уровне провинций, поэтому положение разнообразно.

В правовых системах рассматриваемых стран происходит перерождение правовых институтов, перешедших из английского права и не отвечающих современному национальному развитию. Исторически длительное общее развитие ряда правовых институтов приводит к тому, что они продолжают развиваться в едином русле. Общность подхода к решению правовых

вопросов диктуется и прецедентным правом. В этой общности и заключается одна из самых своеобразных черт правовой семьи общего права.

Мусульманская правовая семья

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 обществу 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 раз-

личными 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 Медины 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, маликитская, шафиитская, ханбалитская – школы мусульманского права и три шиитские – джафаритская, исмаилитская, 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.

Основные мазхабы и источники мусульманского права

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 не 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 сообщностью 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 станови-

лись 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 (Majalla 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 обуславливалась 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 обуславливалось 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 1959 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 односто-

ронном 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 значение 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 сослаться 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 тен-

денции не следует преувеличивать, особенно в свете той волны активизации ислама, которая в последней четверти двадцатого столетия характеризует политическую жизнь многих мусульманских государств. Эта активизация сопровождалась и требованиями отказа от западных правовых моделей, полного восстановления всех норм и принципов мусульманского права.

Ведущие отрасли мусульманского права. Современное мусульманское право

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 при-

менять установленные им меры наказания. Так, ст. 2 Конституции Ирана гласит: Исламская Республика – это система правления, основанная на вере в единого Бога, в то, что он устанавливает законы шариата и что человек должен покоряться его воле; божественные откровения и их основополагающую роль в толковании законов; 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 кисасе, 199 статей которого повторяют положения традиционного мусульманского уголовного права (широкое применение смертной казни, наказание плетьюми, 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 джафсратские 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, каса-

ющихся 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 испытывавшее зарубежное юридическое влияние, остается самостоятельной правовой семьей, оказывающей воздействие на миллионные массы людей.

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 на 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, кото-

рая 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 1949 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. Не часто 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 права – 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 госу-

дарственной 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 можно 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 правильно пишет НА. 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 индуcского права, отличающиеся различным подходом к решению трех важных вопросов: права наследования, правового режима имущества отдельных членов нераздельной семьи и раздела семейного имущества.

В индуcском 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.

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

Влияние английского общего права на индуcское право

В период, предшествовавший британской колонизации, классическое индуcское 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 индуcское 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 индуcского, 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 наследственного права, где все тяжбы, касающиеся наследования, брака, касты и других обычаев или институтов, решались в соответствии с нормами индуcского права. Британским судьям было нелегко применять нормы которых вначале они вообще не знали. По-

этому к судам прикрепил 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 число 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 опекунов; 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 двухтысячелетний 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 варнокастовой структурами), чрезвычайно устойчивыми, способными к адаптации в самых различных социально-экономических и политических условиях.

Современное индусское право

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, не 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:

семейное право – законность детей, опекунов, усыновление, брак, семья из трех и более поколений и раздел имущества, наследование имущества умершего, включая неделимое, пережившими его родственниками;

семейные общественные вопросы – религиозные и благотворительные пожертвования;

вопросы чисто общественного характера – дамбупат, преимущественное право на покупку, клятвы, передача имущества посредством завещания или другого документа;

кастовое право и отлучение.

Индусские идеи сохранились также в концепции государственного землевладения.

Правовые системы стран Дальнего Востока

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 развития 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 воз-

можный: 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.

Древнекитайское право – основа дальневосточного права

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 – мать 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 тьян дао. Они не управляют непосредственно миром человека. Поэтому необходимо разрабатывать правила – обычаи (ли), имитирующие 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.

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 ули-

чить 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 разбирались 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.

Дальневосточная концепция права

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, кото-

рое 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 крайней 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 от-

дельной 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.

Правовая система КНР

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 (1949–1956 гг.) – 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 законно-

сти. 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.

Африканская правовая семья

Африканская правовая семья охватывает правовые процессы на громадном континенте. В результате особенностей исторического развития пра-

во африканских государств, обретших национальную независимость в результате распада колониальной системы, сочетается в XXI столетии с элементами старого, с религиозным правом (мусульманским, индусским), обычным правом, которое 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.

Традиционное африканское обычное право

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, землеуладения и других схожих прав и обязательств, то в их разрешении, как пра-

вило, 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. Гармонии 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 винты) 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 данного. Развод обговаривался между семьями с привлечением старейшин клана.

Принято считать, что в традиционных обществах правами землю наделен не индивид, а группа. Хотя индивид может иметь прав 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».

Влияние основных правовых семей на традиционное африканское обычное право

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, француз-

ские, 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:

отход от традиционных методов урегулирования с постепенным внедрением судебной системы, первоначально базировавшейся на прежних племенных установлениях, но со временем перестроившейся по образцу буржуазного судоустройства;

восприятие европейских норм судьями, которые вели разбирательство в местных судах по нормам обычного права;

введение законов, которые хотя и не отменяют обычное право, но все же предоставляют африканцам возможность регулировать свои правовые отношения на основе буржуазного права;

прямой запрет некоторых обычаев, признанных варварскими, например рабства и нанесения увечья.

Современные правовые системы африканских стран

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 сферах 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 знатю, 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.

Смешанные правовые системы

В современном мире каждое государство имеет свое национальное право, а бывает и так, что в одном и том же государстве действуют несколько различных конкурирующих правовых систем. Свое право имеют и негосударственные общности. Речь идет о каноническом праве, мусульманском

праве, индусском праве, иудейском праве. Все это является объективной предпосылкой возникновения и развития смешанных правовых систем.

Смешанные правовые системы встречаются не только в федеративных, но и в унитарных государствах. Причины юридического плюрализма смешанных правовых систем могут быть различны. Это может быть как следствием событий политической истории (аннексия, колонизация, уступка территории), так и преднамеренным сближением с другими правовыми системами (законодательное заимствование, рецепция права).

Существуют правовые системы, которые основываются на юридических традициях разных правовых семей. Их особенность заключается в том, что составной частью в смешанных правовых системах, выступает, по мнению И.Ю. Богдановской, именно прецедентное право, которое сосуществует в альянсе с романо-германским (французским или романо-голландским) либо с мусульманским или индусским правом. Такое положение является результатом особенностей исторического развития правовых систем этих стран.

Итак, особенность смешанных правовых систем состоит в том, что в них сочетаются элементы романо-германской правовой семьи с элементами правовой семьи общего права, а также с элементами традиционных и религиозных правовых систем. Смешанными являются правовые системы многих стран.

Правовые системы канадской провинции Квебек и американского штата Луизиана

В праве Квебека и Луизианы прецедентное право сосуществует с французским правом. Такое соседство является результатом того, что данные территории попеременно подпадали под влияние Англии и Франции в борьбе этих стран за заморские владения.

Квебек, хотя он и воспринял такие специфические английские институты, как, например, институт доверительной собственности, в целом сохранил романскую систему частного права. Такая ситуация создалась в Канаде после того, как Франция в 1763 г. уступила ее на основании Парижского договора Англии. При этом оставалось в силе ранее действовавшее французское частное право. Публичное право, процессуальное право и уголовное право перестраивались по английской модели.

Однако и сегодня в провинции Квебек действует Гражданский кодекс французского образца. Хотя это и выглядит курьезно, но в соответствии с приведенным выше правилом этот Гражданский кодекс, принятый в 1866 г.,

т.е. почти через 100 лет после уступки Канады, построен не по модели Гражданского кодекса Наполеона 1804 г., а по модели французского права, действовавшего до 1763 г., в том виде, в каком оно было изложено в XVIII в. известным французским юристом Потье. Но этот Кодекс Квебека воспринял некоторые положения английского закона о мошенничестве (ст. 1235). При применении этих положений судьи часто обращаются именно к английской судебной практике, толкуя их содержание исходя из понятий английского прецедентного права.

Действительно, правовая система Канады основана на английском общем праве. Правда, оно было модифицировано. Гражданское право было изменено законодательными собраниями провинций. Что касается уголовного права, то на территории всей страны действует Уголовный кодекс Канады. Первая кодификация, осуществленная в 1892 г., основывалась на английском проекте Кодекса 1878 г. и иных английских статутах.

Даже Квебек, где основу правовой системы составляет французское гражданское право, испытал на себе влияние общего права. В отличие от всех остальных североамериканских колоний, где применялось английское общее право, Квебек с самого начала сохранял особое положение. Квебекский акт 1774 г. вводил в Квебеке действие английского уголовного права, но предусматривал применение французского гражданского права. С 1791 г. в имущественных спорах, а также в спорах о гражданских правах вводилось действие английского права Гражданский кодекс Квебека 1866 г. и Гражданско-процессуальный кодекс 1867 г. основаны на французских кодексах. Таким образом правовая система Квебека представляет собой некую смесь английского общего права и французского гражданского права.

Что касается американского штата Луизианы, уступленной Наполеоном в 1803 г. США, то в этом штате и 1808 г. был принят Гражданский кодекс, весьма точно копировавший французский. Луизиана осталась сферой кодифицированного права в европейско-континентальном смысле слова. В Луизиане пользуются романской законотворческой техникой. Там имеются гражданский, уголовный, процессуальный кодексы.

Гражданский кодекс Луизианы 1870 г. больше отличается от французского. В нем чувствуется влияние прецедентного права. Этот кодекс достаточно подробен, он часто изменялся и дополнялся. К 1966 г. в него была внесена 281 поправка к 180 статьям и принято 228 новых статей. Суды Луизианы часто обращаются к английскому общему праву при применении статей ГК (к примеру, при решении вопроса о небрежности).

Таким образом, Луизиана в еще большей мере подчинена принципам, методам и стилю английского общего права и ориентирована на судебное применение.

Правовая система штата Луизианы наиболее автономна, поскольку в США Верховный суд не является высшей судебной инстанцией для судов штатов. В Канаде же Верховный суд рассматривает апелляции на решения судов провинций.

Сосуществование общего и французского права оказало влияние на развитие прецедентов в Квебеке и Луизиане, на отношение к роли судебной практики в целом. Как таковой принцип прецедента не признается ни в Квебеке, ни в Луизиане. Формально суды в Квебеке не связаны ни своими предшествующими решениями, ни решениями вышестоящих судов. Тем не менее судьи достаточно уважительно относятся к устоявшейся практике. Длительная судебная практика имеет авторитет у судей. Они чувствуют себя «морально обязанными» уважать такую практику и следовать ей. Решения вышестоящих судов постоянно принимаются во внимание нижестоящими. Конституция Луизианы наделила Верховный суд полномочием контролировать деятельность всех нижестоящих судов.

Основу правовых систем в Квебеке и Луизиане составляет закон. Пробелы в праве должны также восполняться законами. Если закона нет, то судебная практика может решать определенные вопросы, но последнее слово все равно остается за законом. Проблема судебной практики прежде всего стоит как проблема толкования законов. Во всех случаях предпочтение отдается тексту закона, а не тому содержанию, которое в него вкладывают суды.

Сложность сосуществования общего и французского права в рамках одной правовой системы заключается в необходимости выработать единство по ряду юридических конструкций, устранить противоречия между материальными нормами прецедентного права и французского права. Такое «сглаживание противоречий» чаще всего обеспечивается именно судебной практикой.

В Квебеке и Луизиане решение вопроса о том, принять ли норму общего права или французского, всецело зависит от позиции судьи. Как правильно отмечает И.Ю. Богдановская, это достаточно тонкий процесс и интересная тема для отдельного рассмотрения.

Правовая система Израиля

Правовая система Израиля представляет собой подлинную лабораторию сравнительного права. Относительно ее принадлежности к той или иной правовой семье среди компаративистов нет единого мнения. Так, одни ученые-юристы, называя Израиль государством теократическим, считают его право религиозным. Другие авторы полагают, что преобладающим является влияние права Османской империи. Наконец, третьи компаративисты относят правовую систему Израиля к семье общего права.

На наш взгляд, правовая система Израиля представляет собой типичную смешанную правовую систему. В ней находят свое воплощение элементы различных юридических традиций и правовых влияний, ибо на нынешней территории Израиля в течение многих веков сменялись различные правовые системы, оставляя при этом значительный след в развитии израильского права.

Становление и развитие правовой системы Израиля происходило по общим законам, присущим становлению и развитию любой национальной правовой системы, хотя у этих процессов были и свои особенности.

Древнееврейское право в целом, как и любое религиозное право, формировалось с ориентиром на личностные начала. Древнееврейское право — одно из первых правовых форм вообще. Древнейшее право еврейского народа заняло исключительное место в мировой правовой истории. Записанные в священных книгах Библии общие законы и конкретные правила, сложившиеся в разные периоды догосударственной и государственной истории Израиля, через каноны христианства позднее распространились практически по всему миру и переосмыслены во всех правовых системах европейского корня. Хотя по уровню правового регулирования древнееврейское право значительно уступало вавилонскому и даже египетскому, оно отражало требования и реалии времени становления ранней государственности» Особое воздействие на содержание права оказали религиозные предписания иудаизма с его приверженностью идее богоизбранности израильского народа и идеалом подчинения социального поведения весьма условным якобы священным заветам.

Еврейское право не прекратило своего существования с падением древней еврейской государственности. Оно сохранялось в разбросанных по всему миру еврейских общинах. И обращение к древнему праву было тем строже, чем жестче главы общин и раввины стремились сохранить узконациональную традицию и собственную правовую культуру.

Ориентация правоприменения на семейные, в значительной степени общинные ценности и начала сделала в итоге древнееврейское право узкона-

циональным. Это обеспечило ему долгую жизнь и применение даже в странах, официальные доктрины которых негативно относились к иудаизму. Но с этими особенностями права связано и его незначительное распространение, помимо огромного литературного влияния через Библию и ее толкования.

Древнееврейское право действует на территории Израиля вот уже несколько тысячелетий. Оно сохраняет свое значение, как и мусульманское право в отношении мусульман, и поныне в вопросах правового положения личности. Таким образом, религиозное право (иудейское и мусульманское) весьма значимо в современном семейном праве Израиля. Так, известный судья Верховного суда Израиля Менахем Элон ссылаясь на древнееврейское право до 1980 г.

Исторически на становление правовой системы Израиля оказали свое влияние право Османской империи и английское общее право.

Турецкое право не было системой романо-германского права. Оно основывалось на Маджалле – первом кодифицированном акте мусульманских гражданско-правовых норм в Османской империи. В Маджалле формулировались мусульманские нормы по европейскому образцу. В 1926 г. она была заменена Гражданским кодексом, разработанным на основе швейцарского закона.

Впрочем, с XIX в. турецкое право находилось под значительным влиянием французского права. Уголовное, торговое и морское право строились по французской модели. Был переведен Кодекс Наполеона. Судьи исходили как из французского права, так и из мусульманского.

На территории Израиля Маджалла действовала вплоть до 1980 г. В 1969 г. около 900 ее статей все еще имели юридическую силу. Вместе с тем такая долгая жизнь Маджаллы не помешала английскому общему праву постепенно превратиться в настоящую философию права Израиля.

После Первой мировой войны территория теперешнего Израиля стала мандатной территорией Англии. Влияние Англии выразилось в развитии традиций общего права. Произошла существенная «англиканизация» израильского права. Законы Османской империи ушли на второй план, особенно те, которые были основаны на французской модели. Были изменены уголовное право, право компаний, право, регулирующее вопросы банкротства, ряд гражданско-правовых институтов, уголовный и гражданский процесс. Однако обязательственное право продолжало регулироваться Маджаллой.

Следует отметить, что в большинстве своем должности судей подмандатного периода занимали англичане (заместителями которых были местные

судьи, евреи и арабы). В спорных вопросах Маджалла применялась в последнюю очередь под влиянием принципа прецедента, т.е. *stare decisis* английского права.

Подмандатные судьи ссылались в своей практике на английское общее право. Такое влияние английского права наблюдалось главным образом в судебных толкованиях. Как в случае с подмандатным постановлением, созданным под влиянием действующего права Великобритании, например со Статутом о коммерческих обществах 1926 г., такие судебные толкования сближали правовую систему Палестины с существовавшей в английской метрополии. Это явление, впрочем, приобретало особо крупные масштабы, когда судьи ссылались на английское общее право в более общем виде. Наконец, очень часто сами тексты подмандатных документов отсылали прямо к законодательству Великобритании. Например, термины и понятия толковались в ст. 4 уголовного закона 1936 г.

На основе ст. 46 Палестинского порядка о Совете (Palestine Order in Council) в случае пробелов в праве судьи должны были применять нормы турецкого права или нормы общего права и права справедливости на условиях возможности их применения в Палестине. Следовательно, целые области английского права были введены в подмандатное право, затем в правовую систему Израиля (по крайней мере до замены его оригинальным национальным правом Израиля). Приведем один пример. В вопросе о договорах положений турецкого права оказалось недостаточно. Поэтому английское договорное право «было целиком «импортировано».

В период, когда Палестина была мандатной территорией Англии, в ее правовой системе определилась тенденция перехода от кодифицированного права к прецедентному. Судебная практика утвердилась в качестве источника права, поэтому был признан и принцип прецедента, хотя законодательного закрепления он так и не получил. Важным моментом являлось то, что за этот период успело вырасти поколение юристов, воспитанное в традициях английского общего права.

В 1948 г. государство Израиль получило независимость, и было законодательно закреплено, что в стране продолжает действовать то право, которое действовало на 14 мая 1914 г., если оно не противоречит новым правовым положениям. Для правовой системы Израиля были характерны частичное сохранение турецкого права, сохранение английского и подмандатного права и постепенная замена их оригинальным национальным правом. Изра-

ильское право еще долго находилось под влиянием английской философии права.

После получения Израилем независимости начался новый этап в развитии его правовой системы. Юристы не стремились сразу кардинально изменить ее. Велись дискуссии по поводу определения места национального права.

Начиная с 50-х годов в Израиле наступил период негативного отношения ко всему английскому. В частности, отмечалось, что суверенное государство не может подчиняться авторитету зарубежной правовой системы и положениям судейского права, созданным судьями других стран. Законы стали издаваться на иврите.

Английская судебная практика больше не имеет обязательного характера в Израиле. Вместе с тем на нее продолжают ссылаться, хотя она уже не имеет былого значения, в противоположность американской судебной практике, на которую все чаще и чаще ссылается Верховный суд Израиля. Иногда встречаются ссылки на решения по аналогичным вопросам, принятые в Канаде, Австралии, Германии, во Франции. Так, влияние французского права можно наблюдать в административном праве Израиля. Особенно сильное влияние права США наблюдалось в конституционном праве.

На начальном этапе своего становления национальная правовая система Израиля основывалась на подмандатном праве с последующими изменениями, вносимыми законодателем. В систему источников права входили:

- закон, т.е. отдельные тексты турецкого права, подмандатные постановления, постановления временного Государственного совета и законы, принятые кнессетом – парламентом (впрочем, в Израиле нет писаной конституции);
- английское общее право и право справедливости;
- судебная практика, т.е. английская и палестинская судебная практика до 1948 г. и после 1948 г. – единственная израильская судебная практика.

Таким образом, постепенное становление национальной правовой системы Израиля шло на основе израильского прецедентного права, англо-американского и романо-германского права.

Романо-германская правовая традиция укрепилась в Израиле с развитием законодательства. С помощью законов о договорах, о земле, об обязательственных отношениях, о собственности стремились разрешить противоречия между османским и английским правом и установить единство, определенность в праве. Изменениям подверглись также нормы уголовного права

и процесса. В 1982 г. был принят закон, запрещающий толковать закон в свете английского права или в соответствии с правилами английского толкования. Этот закон явился еще одним важным шагом в сторону романо-германского права.

Определенное влияние на развитие современной правовой системы Израиля оказывают и религиозные нормы. Идиш заменил английский язык в правотворчестве. Многие английские акты, принятые в период 1922–1948 гг., были переведены на идиш.

Стало развиваться собственно израильское прецедентное право. Принцип прецедента получил законодательное закрепление.

В современной правовой системе Израиля судебная практика является основным источником права. Так, ст. 20 закона о судебной власти 1984 г. гласит:

«(а) Все прецеденты, созданные Верховным Судом, обязательны для всех нижестоящих судов.

(б) Доктрина, установленная Верховным Судом, обязательна для всех судов, за исключением самого Верховного Суда».

Судебная практика является источником израильского права наряду с кодифицированными актами. Вместе с тем при толковании законов используются способы и методы, характерные для романо-германского права.

Судебная практика сохранила черты английского общего права. Отсутствует дуализм судебной системы.

В судебную систему Израиля входят: во-первых, мировые суды, рассматривающие незначительные правонарушения, их 25; во-вторых, окружные суды, рассматривающие преступления, их четыре. Система суда присяжных полностью отсутствует.

Особенностью является то, что в Израиле значительную роль играет генеральный прокурор (атторней).

Правовая система ЮАР

Южно-Африканская Республика имеет типичную смешанную правовую систему. В ЮАР сосуществуют рядом африканское обычное право и нормы романо-голландского и английского общего права.

Колонизация Южной Африки была начата в 1652 г. голландцами, основавшими Капскую колонию. В тот период действовало право метрополии, а точнее – римское право провинции Голландия, наиболее влиятельной провинции Республики Нидерланды, наряду со староголландским обычным пра-

вом. Римское право было реципировано в форме, которую ему придали глоссаторы и комментаторы. Это римско-голландское право осталось в колонии в силе даже после ее английского завоевания, т.е. после провозглашения ее в 1806 г. собственностью британской короны.

Симптоматично то, что в Голландии в тот же самый период после захвата ее Наполеоном римско-голландское право было отменено и заменено в 1809 г. Гражданским кодексом Франции, а в 1838 г. – национальным Гражданским кодексом, разработанным на основе французского гражданского права.

Интересно отметить, что римско-голландское право выжило лишь в тех регионах, которые еще до вступления в силу национального ГК, ориентированного на французский образец, были отторгнуты Голландской колониальной империей и перешли под английское владычество. Кроме Южной Африки к таким регионам еще относятся лишь Шри-Ланка (Цейлон) – с 1799 г. и часть Гвианы – с 1803 г.

В период британского колониального правления гражданский и уголовный процесс, доказательственное право были преобразованы по образцу английского общего права. Английский язык стал единственным языком судебного рассмотрения. В результате развития экономических связей между Южной Африкой и Великобританией многие английские законы, регулирующие оборот ценных бумаг, банкротства, морскую торговлю, страхование и правовое положение торговых товариществ, были реципированы в Южной Африке практически без изменений.

После образования в 1910 г. Южно-Африканского Союза процесс усиления влияния английского права прекратился. С тех пор прослеживается тенденция усиления внимания южноафриканских судов к работам старых голландских юристов (это Гуго Гроций (1583– 1645 гг.), Арнольд Ванпий (1588-1657 гг.), Иоганн Вёт (1647-1713 гг.), Корнилий ван Бинкерсхек (1673–1743 гг.), Дионисий Вандер Кессель (1738–1816 гг.) и к правовым нормам, для которых они послужили источником. Эти тексты обрабатывались и применялись к современным условиям.

Что касается английского общего права, то оно, как и прежде, преобладало в конституционном, административном, торговом и процессуальном праве. Традиции английского права определяли также судопроизводство, положение судьи, принцип связанности прецедентом, деятельность юристов. Однако в семейном, наследственном и вещном праве влияние английского права было незначительно. В этих сферах важную роль играло римское пра-

во. Например, понятие единства, собственности, которое отличают от понятия ограниченных вещных прав и от понятия владения, не известно английскому праву.

Институт доверительной собственности англо-американского 1 права также не был воспринят в Южной Африке. Судам удавалось применять английское общее право с помощью понятий римского права. Так, фигура доверительной собственности по устному поручению (*inter vivos*) рассматривается как вербальный договор в пользу третьего лица (*stipulatio alteri*), а доверительная собственность, учреждаемая в общественно-благотворительных целях, – как дарение на благотворительные нужды (*donatio ad pias causas*).

В общем договорном праве и деликтном праве влияние английского права сильнее. Вместе с тем и деликтное, и договорное право сохранило понятийную основу римского права, и нередко при решении отдельных вопросов используются дигесты и тексты старых голландских юристов. Впрочем, такой подход характерен и для Франции и Германии, где ныне также часто прибегают к помощи категорий римского права при рассмотрении возникающих проблем.

Весьма симптоматичным является тот факт, что в решениях южноафриканских судов преемственность римского права в его эволюционном развитии – от классических римских юристов через Юстиниана, глоссаторов, Вёта и Винния до современности – прослеживается гораздо явственнее, чем на Европейском континенте, где эта преемственность благодаря посредничеству миссий гражданских кодексов романо-германской правовой семьи если и не прервана, то в значительной мере исчезла из правосознания юристов.

В XXI в. на вопрос: «К какой – романо-германской или англо-американской – правовой семье относится современное южноафриканское право?» – нельзя ответить однозначно. Если говорить о понятийно-категориальном аппарате и структуре южноафриканского права, то правовая система ЮАР основана на римском праве. Что касается правоприменительной техники в судебной практике, процессуальных норм, методов доказательств, использования прецедентов, судоустройства, задач и положений судьи и адвокатов, то явно преобладают образцы правовой семьи общего права. Такие примеры можно продолжить. Поэтому неоспоримым является то мнение, согласно которому южноафриканское право представляет собой смешанную правовую систему, где элементы римско-голландского и английского общего права тесно переплетены. Впрочем, восприятие части римско-голландского права в настоящее время сближает южноафриканскую право-

вую систему с правом Шотландии, где также действует романо-голландское право, трансформированное английским общим правом.

Другие смешанные правовые системы

Рассмотрим еще несколько смешанных правовых систем. Так, в Малайзии действуют общее право и право справедливости Англии, а также статуты общего применения. Однако наряду с этим используются и иные правовые системы при регулировании личного статуса отдельных групп населения – малайцев, китайцев, хинди.

В африканских странах (Зимбабве, Лесото, Ботсвана, Свазиленд) английское право действует вместе с романо-голландским. В Танзании наряду с нормами общего права, права справедливости и статутов общего применения используется обычное право, мусульманское право (особенно в вопросах наследования). Основу правовой системы Гамбии составляют общее право и право справедливости Англии, а также статуты общего применения, действовавшие на 1 января 1888 г. Приблизительно 90% населения Гамбии составляют мусульмане. Там применяется исламское право, а также обычное право. В Кении основу правовой системы образуют общее право и доктрины права справедливости. При этом в стране широко применяется африканское обычное право, а также мусульманское право (в особенности в вопросах наследования, брака и развода).

К смешанным можно отнести правовую систему Кипра, фундамент которой образуют общее право и доктрины права справедливости, а также британские статуты, применявшиеся до предоставления ему независимости. Силу закона имеют также некоторые нормы мусульманского права, относящиеся в основном к регулированию вопросов недвижимой собственности.

Традиции романо-германского права сохранились в некоторых государствах Карибского бассейна, а также в странах, заимствовавших английское общее право (Тринидад и Тобаго, Сент-Люсия), и на Африканском континенте.

Различные страны Северной Африки восприняли французские или итальянские законы в результате колонизации либо под политическим или культурным влиянием Франции. Однако важную роль в этих странах продолжает играть мусульманское право.

Особую группу смешанных систем права образуют государства, право которых в силу исторических особенностей развития в них государственно-сти испытало на себе влияние как английского, так и французского права.

Маврикий, который в 1598 г. был оккупирован голландцами, в 1715 г. – французами, а в 1810 г. – британцами, находился под воздействием сначала французского, потом английского права. Его Уголовный и Гражданский кодексы и части Торгового и Гражданско-процессуального кодексов основаны на романо-германском праве. Нормы доказательственного права, уголовного процесса, конституционного, налогового, трудового права проистекают из английского права.

Приблизительно такое же положение сложилось на Сейшельских островах. Гражданское право здесь главным образом французского происхождения, а уголовное право основано на английском праве. Право компаний также основано на парламентских актах Соединенного Королевства. Основу правовой системы Сент-Люсии составляет романо-германское право. Однако значительное влияние на гражданское, уголовное, торговое право оказало английское право.

Фундамент правовой системы Гайаны до 1917 г. составляло романо-германское право. Ордонанс о гражданском праве Британской Гайаны 1917 г. предусмотрел, что общим правом колонии должно быть общее право Англии, включая доктрины права справедливости в том виде, в каком они применялись в то время в английских судах. Однако в некоторых делах, касающихся главным образом ипотеки (заклада), сохранило свое действие романо-германское право.

Испанская колонизация привела к включению Филиппин в романо-германскую правовую семью. Однако пятьдесят лет американской оккупации привнесли новые элементы в филиппинское право. В настоящее время на Филиппинах судьи признают действие филиппинского права, находящегося под влиянием американского, английского, испанского и обычного права. Прецедентное право действует, если не противоречит писаному или обычному.

Индонезия, колонизированная голландцами, принадлежала к романо-германской правовой семье. Однако сегодня элементы романо-германского права сочетаются в этой стране с мусульманским правом и с обычным правом.

Российская правовая система

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 распространности 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», приспособляя 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: убийство 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 в 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 государ-

ственное 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 церквях, 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 воспринять 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, полиция 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 обвинения 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 позднеимперского права, а также североευропейских 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.

2. Особенности и основные этапы эволюции правовой системы РСФСР

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 *suī 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, но и диктатуры права власти.

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.

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, уравнивание 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.

В первые годы социалистического строительства в РСФСР вообще 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 коммунистиче-

ского 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.

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.

3. 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 го-

дов. Затем эта тенденция ослабла, однако подлинного федерализма советское право до распада Советского Союза уже не достигло.

4. 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).

Судебная система находилась в полной зависимости от партийно-государственного руководства, а ее деятельность отличалась карательной направленностью.

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, коррупционности 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.

Правовая система Российской Федерации и романо-германская правовая семья

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 многообразие форм собственности predetermined 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 ряда ранее отсутствовавших институтов торгового права.

В сфере публичного права утвердились такие основополагающие признаки демократического правового государства, как:

конституционное провозглашение и практическая реализация принципа разделения властей;

конституционное признание первостепенной роли публичных прав и свобод граждан;

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 незаконодательного 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, обуславливающих этот процесс в конкретно-исторических условиях России. Отсюда, в частности, возможность различной трактовки даже одноименных правовых институтов, отторжение практикой моделей, разработанных российским законодателем на 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.

Тенденции развития современного российского законодательства

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 настоящее время земельное, лесное, водное и горное законодательства активно развиваются 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, проис-

ходящих 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.