

А.Х.САИДОВ

**СРАВНИТЕЛЬНОЕ
ПРАВОВЕДЕНИЕ**

(УЧЕБНОЕ ПОСОБИЕ)

**Ташкент
«Адолат»
1999**

Сайдов А. Х.

Сравнительное правоведение: Учебное пособие /Отв. ред.: В. А. Туманов/. — Т.:«Адолат», 1999. — 480 с.

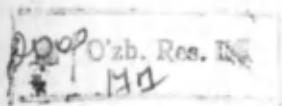
ББК 67 я 73 + 67.91

Ответственный редактор - действительный член международной академии сравнительного права, доктор юридических наук, профессор *В. А. ТУМАНОВ*

Рецензенты: академик АН Республики Узбекистан, доктор юридических наук, профессор *Ш. Э. УРАЗАЕВ*;
доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент Международной академии сравнительного права *А. И. КОВЛЕР*;
профессор Каирского университета *НУР ФАРАХАТ*

Автор учебного пособия - доктор юридических наук, профессор сравнительного и международного права. В книге рассматривается предмет сравнительного правоведения, описывается современная юридическая география мира, дается характеристика основных правовых семей: англо-американского общего права, романо-германского права, мусульманского права, индусского права, обычного права.

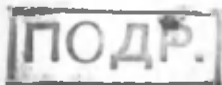
Для студентов, аспирантов, научных и практических работников.



У 45218
393.

Н 34
С 15

С $\frac{1207000000 - 015}{(04) - 99}$ (без объявл.) 99



СОДЕРЖАНИЕ

<i>Предисловие</i>	9
ОБЩАЯ ЧАСТЬ. ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ	13
ТЕМА 1. СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ: МЕТОД, НАУКА, УЧЕБНАЯ ДИСЦИПЛИНА	13
1. Определение сравнительного правоведения	13
2. Возникновение сравнительного правоведения	15
3. Предмет сравнительного правоведения	22
4. Значение сравнительного правоведения	33
5. Сравнительное правоведение как наука и учебная дисциплина	38
ТЕМА 2. МЕТОДОЛОГИЯ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ ..	44
1. Понятие и значение сравнения	44
2. Сравнительно-правовой метод - частнонаучный метод юридической науки	46
3. Теория сравнительно-правового метода	50
4. Сравнительное правоведение: основные виды исследований	54
А. Диахронное и синхронное сравнение	54
Б. Внутреннее и внешнее сравнение	55
В. Микро- и макро сравнение	56
Г. Объекты и уровни сравнения	57
Д. Нормативное сравнение	59
Е. Функциональное сравнение	61
ТЕМА 3. ИСТОРИЯ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ	67
1. Историко-философское направление сравнительного правоведения. Германия	67
2. Французская школа сравнительного законодательства ..	76
3. Сравнительное правоведение в России	82
4. Сравнительное правоведение в Англии и США	93

5. Сравнительное правоведение в первой половине XX века	96
6. Сравнительное правоведение во второй половине XX века	113
7. Развитие сравнительного правоведения в бывшем СССР	120
ТЕМА 4. ФУНКЦИИ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ	128
1. Научная функция сравнительного правоведения	128
2. Образовательная функция сравнительного правоведения	137
3. Практическая функция сравнительного правоведения	139
4. Международная унификация права	146
ТЕМА 5. КЛАССИФИКАЦИЯ ОСНОВНЫХ ПРАВОВЫХ СИСТЕМ СОВРЕМЕННОСТИ	154
1. Правовая карта мира - основной предмет изучения сравнительного правоведения	154
2. Правовая система - базисное понятие сравнительного правоведения	157
3. Понятие правовой семьи	160
4. Определение правовой карты мира	161
5. Основания (критерии) классификации правовых систем	163
6. Учение о правовых семьях	171
ОСОБЕННАЯ ЧАСТЬ. ОСНОВНЫЕ ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ СОВРЕМЕННОСТИ	175
РАЗДЕЛ ПЕРВЫЙ. РОМАНО-ГЕРМАНСКАЯ ПРАВОВАЯ СЕМЬЯ	175
ТЕМА 6. РОМАНО-ГЕРМАНСКАЯ ПРАВОВАЯ СЕМЬЯ	175
1. Понятие, формирование и распространение романо-германской правовой семьи	175
2. Структура и понятия романо-германской правовой семьи	180
3. Источники романо-германского права	185
4. Французская и германская правовые группы	196
ТЕМА 7. ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ СКАНДИНАВСКИХ СТРАН	202
1. Место скандинавского права на правовой карте мира	202
2. Историческое развитие правовых систем Скандинавских стран	205
3. Унификация и гармонизация правовых систем Скандинавских стран	209
4. Особенности правовых систем Скандинавских стран	212
5. Источники скандинавского права	216

ТЕМА 8. ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ СТРАН ЛАТИНСКОЙ АМЕРИКИ	220
1. Формирование правовых систем стран Латинской Америки	220
2. Особенности правовых систем стран Латинской Америки	224
ТЕМА 9. ПРАВОВАЯ СИСТЕМА ЯПОНИИ	225
1. Значение права в традиционном японском обществе ..	225
2. Становление правовой системы Японии. Влияние романо-германской правовой семьи	231
3. Современное японское право	235
РАЗДЕЛ ВТОРОЙ. ПОСТСОЦИАЛИСТИЧЕСКАЯ ПРАВОВАЯ СЕМЬЯ	238
ТЕМА 10. ПОСТСОЦИАЛИСТИЧЕСКОЕ ПРАВО КАК ОСОБЫЙ ИСТОРИЧЕСКИЙ ТИП ПРАВА	238
1. Возникновение и общая характеристика социалистического права	238
2. Советская правовая система	245
3. Европейские постсоциалистические правовые системы	258
4. Правовые системы постсоциалистических государств Азии	267
5. Правовая система Кубы	277
6. Есть ли будущее у социалистического права?	281
РАЗДЕЛ ТРЕТИЙ. ПРАВОВАЯ СЕМЬЯ «ОБЩЕГО ПРАВА»	284
ТЕМА 11. ПРАВОВАЯ СИСТЕМА АНГЛИИ	284
1. Формирование английского общего права	284
2. Особенности английского общего права	286
3. Структура и источники правовой системы Англии	288
4. Прецедентное право	289
5. Правовая система Шотландии	293
ТЕМА 12. ПРАВОВАЯ СИСТЕМА США	296
1. Формирование американского права	296
2. Понятие и основные категории правовой системы США	305
3. Источники американского права	312
4. Современные тенденции развития американского права	318
ТЕМА 13. ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ СТРАН БРИТАНСКОГО СОДРУЖЕСТВА	320

1. Географическое распространение английского общего права	320
2. Классификация национальных правовых систем стран Британского Содружества	323
3. Прецедентное право и общее правовое наследие стран Британского Содружества	327
4. Особенности национальных правовых систем Канады, Австралии и Новой Зеландии	330
А. Соотношение английского права и местного обычного права	330
Б. Источники права Канады, Австралии и Новой Зеландии	336
В. Судебная система Канады, Австралии и Новой Зеландии	342

РАЗДЕЛ ЧЕТВЕРТЫЙ. РЕЛИГИОЗНЫЕ И ТРАДИЦИОННЫЕ ПРАВОВЫЕ СЕМЬИ

ТЕМА 14. МУСУЛЬМАНСКОЕ ПРАВО

1. Понятие и особенности мусульманского права	346
2. Формирование мазхабов и источников мусульманского права	351
3. Основные отрасли мусульманского права	360

ТЕМА 15. ИНДУССКОЕ ПРАВО

1. Понятие, особенности и формирование индуесского права	363
2. Влияние английского права на индуское право	370
3. Индуское право на современном этапе	372

ТЕМА 16. ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ СТРАН ДАЛЬНЕГО ВОСТОКА

1. Общая характеристика дальневосточного права	374
2. Древнекитайское право - основа дальневосточного права	376
3. Особенности дальневосточного понимания права	384

ТЕМА 17. ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ АФРИКИ

1. Понятие и развитие африканского обычного права	388
2. Влияние основных правовых семей на африканское обычное право	396

РАЗДЕЛ ПЯТЫЙ. СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ И СМЕШАННЫЕ ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ

ТЕМА 18. СМЕШАННЫЕ ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ

1. Особенности смешанных правовых систем	401
2. Правовая система Израиля	405
РАЗДЕЛ ШЕСТОЙ. МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО И НАЦИОНАЛЬНЫЕ ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ	410
ТЕМА 19. СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ И МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО	410
1. Сравнительное правоведение и международное публичное право	410
2. Сравнительное правоведение и международное частное право	415
ТЕМА 20. ЕВРОПЕЙСКОЕ ПРАВО И СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ.	418
1. Становление европейского права	418
2. Содержание европейского права	420
3. Право Совета Европы	422
4. Европейское правовое пространство	427
РАЗДЕЛ СЕДЬМОЙ. СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ И НАЦИОНАЛЬНЫЕ ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ	437
ТЕМА 21. ПРАВОВАЯ СИСТЕМА УЗБЕКИСТАНА	438
1. Историческая эволюция узбекского права: плюрализм юридических традиций	438
2. Современное право Узбекистана и романо-германская правовая семья	454
3. Традиции шариата и современное право Узбекистана	460
4. Конституция - центр правовой системы Узбекистана	462
5. Становление новой системы законодательства Узбекистана	467
6. Правовая система Узбекистана и международное право	473
7. Правовая система Узбекистана и юридическая наука	476

ПРЕДИСЛОВИЕ

На пороге XXI столетия во всех странах мира значительное развитие получают сравнительные правовые исследования. Они имеют целью выяснение закономерностей развития правовых систем современности, совершенствование национального законодательства. Значение этих исследований состоит в том, что они позволяют не только подойти под более широким углом зрения к решению многих традиционных вопросов правоведения, но и поставить ряд новых проблем. В целом на базе сравнительного изучения правовых систем сформировалось и завоевывает все большее признание такое научное направление и учебная дисциплина, как сравнительное правоведение.

Речь идет о важном направлении развития правового образования и юридической науки, роль которого в современный период возрастает. Объективными факторами, обуславливающими и подчеркивающими важную роль и необходимость развития сравнительного правоведения, являются:

во-первых, многообразии правовых систем современности;

во-вторых, развитие правовых взаимосвязей и расширение международных, экономических, политических, культурных и иных связей между государствами;

в-третьих, появление на правовой карте мира правовых систем новых независимых государств;

в-четвертых, деятельность международных организаций на сравнительной основе.

Развитие сравнительного правоведения определяется также необходимостью улучшить преподавание и качество подготовки специалистов-юристов. Разработка проблем сравнительного правоведения особенно важна для преподавания зарубежных правовых дисциплин. Заслуживает внимания и поддержки введение учебного курса «Основные правовые системы современности». Преподавание этого курса неотъемлемо от всей системы юридического образования и призвано играть в ней весьма значительную роль.

«Сравнительное правоведение» как самостоятельная наука и учебная дисциплина имеет три главные цели:

- 1) научно познавательную;
- 2) практико-прикладную;
- 3) учебно-воспитательную.

Научно-познавательное значение сравнительного правоведения связано с необходимостью полнее осмысливать новые явления и ведущие тенденции в развитии правовых систем современности, выявлять основные закономерности правового развития, оперировать новейшим зарубежным правовым материалом. Сравнительное правоведение - важный фактор обогащения и развития общей теории права и отраслевых юридических наук, расширения научного кругозора и повышения правовой культуры.

В практико-прикладном отношении сравнительное правоведение весьма значимо в правотворческой и в правоприменительной деятельности, а также в международно-правовой практике (при подготовке и толковании международно-правовых актов). Сравнительное правоведение играет важную роль в изучении как позитивного, так и негативного юридического опыта, накопленного за рубежом.

Сравнительное правоведение охватывает не только вопросы общей теории права, но и проблемы отраслевых правовых наук и тем самым приобретает межотраслевой характер.

Следует особо подчеркнуть, что сравнительное правоведение выступает как важная форма развития международных связей.

Учебно-воспитательная роль сравнительного правоведения связана с необходимостью повышения общей культуры студентов. Сравнительное правоведение несет высокий заряд правовой культуры, активно способствует выработке юридического мышления, дает необходимые юристу знания.

Ни общая теория права, направленная в основном на анализ закономерностей развития правовых институтов и отношений, ни история государства и права, рассматривающая тот же, что и теория, объект в его конкретно-историческом движении, ни история политических и правовых учений как учебная дисциплина не охватывают (и не могут охватить) проблематики сравнительного правоведения. Есть, таким образом, совершенно очевидная необходимость расширить и углубить наши представления о сравнительном правоведении как научной дисциплине, выступающей в качестве специального и самостоятельного объекта научного познания.

Необходимо прежде всего изучение таких вопросов, как предмет сравнительного правоведения, логика его исследования и изложения, система определенного комплекса

идей, взаимосвязь в них истории и современности, особенно в условиях роста социальной значимости правовой теории и появления нового правового мышления. Однако до сего времени у нас нет учебника¹, дающего анализ важнейших проблем современного сравнительного правоведения с учетом достижений, накопленных в теории юридической компаративистики за время ее существования. Восполнение в определенной мере существующего пробела - основная задача данной книги.

Выбор проблем учебного пособия определялся, **во-первых**, их ролью, местом и значением в юридической науке; **во-вторых**, степенью их разработанности в сравнительном правоведении; **в-третьих**, задачами, поставленными в повестку дня реформой правовой системы.

При этом автор стремился, с одной стороны, сочетать страноведческий подход со сравнительно-обобщенным, а с другой - дополнять проблемный подход к анализу вопросов юридической компаративистики «портретной» характеристикой взглядов ее ведущих представителей. Отбор соответствующих «персонажей» обуславливался прежде всего вкладом каждого из них в разработку проблем сравнительного правоведения, местом его концепции в нем, ее значимостью для современности. Кроме того, учитывалась и необходимость освещения ведущих и наиболее типичных юридических доктрин на различных этапах развития правовой мысли в разных регионах. Все это позволяет: **во-первых**, выявить главные тенденции развития сравнительного правоведения в целом и его особенности в отдельных странах; **во-вторых**, показать, как преломляются в юридической компаративистике общие положения и методологические установки правовой науки и **в-третьих**, сделать научно-практические выводы, способствующие развитию современного сравнительного правоведения.

Учебное пособие состоит из двух частей. **Общая часть** посвящена теории и историческому развитию сравнительного правоведения с момента его возникновения до сегодняшних дней и охватывает хронологически более полутора веков. Исторический подход вызван тем, что ведущие направления и школы юридической компаративистики не являются порождением сегодняшнего дня и имеют, как правило, возраст

¹ Первой попыткой в этом направлении является книга профессора Ю.А.Тихомирова. См.: *Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения*. М., 1996.

по меньшей мере в несколько десятилетий, хотя, естественно, ныне они значительно модернизированы и изменены применительно к новым условиям. Поэтому изучение современных юридических компаративистских концепций не может сводиться к анализу «самоновейших» работ последних лет.

В Особенной части рассматриваются основные правовые системы современности и ведущие тенденции их развития.

Автор считает своим долгом выразить глубокую признательность В.А.Туманову, А.И.Ковлеру, Ш.З.Уразаеву, Нур Фарахату, а также всем коллегам, участвовавшим в подготовке и обсуждении рукописи книги и давшим ценные советы.

ОБЩАЯ ЧАСТЬ. ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ

ТЕМА ПЕРВАЯ. СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ: МЕТОД, НАУКА, УЧЕБНАЯ ДИСЦИПЛИНА

1. Определение сравнительного правоведения

Что такое сравнительное правоведение? Ответ на этот простой с виду вопрос пытались 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 пособии сравнительное правоведение рассматривается преимущественно как наука и учебная дисциплина. Вопросы 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 данной книги. 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 существуют неодинаковые доктринальные подходы ученых к предмету сравнительного правоведения, даже в одной и той же стране нередко существует несколько школ и направлений.

Само название сравнительного правоведения 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 система норм, не существует, но никто и никогда не утверждал, что есть такая отрасль позитивного права. «Всякие сомнения относительно сравнительного права исчезнут, - подчеркивал английский юрист Г. Гаттеридж, - если признать, что это выражение означает метод изучения и исследования и что сравнительное право не есть отрасль или специальный раздел права»¹. «Это - очевидная истина»², - писал известный французский компаративист Р. Давид. Лишь некоторые ученые вкладывали в понятие «сравнительное право» тот же смысл, какой 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» наций³.

2. Возникновение сравнительного правоведения

Сравнительное правоведение прошло большой и сложный путь развития, которое продолжается и по сей день - уточняются его цели и задачи. Для исторической эволюции юридической компаративистики характерны как подъемы, сопровождаю-

¹ *Gutteridge H.C. Comparative law: Introduction to the comparative method of legal study and research.* L.; Cambridge, 1949. P. 1.

² *David R. Traité élémentaire de droit civil compare: Introduction a l'étude des droits étrangers et a la méthode comparative.* P., 1950. P. 3.

³ См.: *Тилле А. А. Социалистическое сравнительное правоведение.* М., 1975. С. 6-7.

щиеся необоснованными попытками придать сравнительному правоведению универсальное значение в преобразовании права различных государств и народов, так и спадами, 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 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 века¹.

¹ См. подробнее: *Gutteridge H.C.* Op. cit. P. 11-13; *Ancel M.* Utilité et méthodes du droit compare: Elements d'introduction generale a etude comparative des droits. Neuchatel, 1971. P. 12-14.

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»¹.

Греческий ученый Г. Маридакис говорил, что Аристотель, чтобы сделать выводы о закономерностях политической организации, собрал, сравнил и проанализировал конституции 158 греческих и варварских городов².

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.

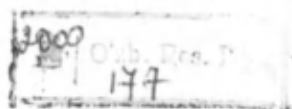
В английской компаративистской литературе бытует мнение, что основателем сравнительного правоведения является Ф. Бэкон, который широко пользовался сравнением, разрабатывая собственный индуктивный метод, особенно при составлении своих таблиц сходства, различия и сопутствующих изменений.

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

Представляется, что все-таки и Монтескье, и Бэкона, и Лейбница нельзя считать основателями

¹ Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1988. С. 23.

² Maridaris G. Droit, droit mondial, droit comparé // *Problèmes contemporaines de droit comparé*. Tokyo, 1962. T 2. P. 214.



сравнительного правоведения. Их можно назвать лишь предвестниками сравнительного права.

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

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 сложилось 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 вышеназванных двух направлений, он пишет: «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 с Поллоком»¹.

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 во всяком случае 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 западногерманского ученого Л.-Ж. Константинеско, автора, пожалуй, одного из наиболее детальных очерков истории возникновения и развития сравнительного правоведения². Аналогичной точки зрения придерживаются и такие корифеи юридической компаративистики, как Х. Гаттеридж, Р. Давид, М. Рейнстайн³ и др.

Потребности в сравнительном правоведении в определенной мере вытекали из внутренней логики

¹ *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного правоведения // Очерки сравнительного права. М., 1981. С. 104.

² См.: Там же. С. 104-151.

³ *Gutteridge H.C.* Op. cit. P 11-22; *David R.* Op. cit. P 28-33; *Rheinstein M.* Einführung in die Rechtsvergleichung. München, 1974. S. 44-52.

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 усилиться 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 возрастет 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 языкознания¹. 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. Действитель-

¹ Характеризуя пути формирования сравнительного метода в историко-правовых науках, часто подчеркивают роль того сравнительного языкознания, которое историки права брали за образец. Такое механическое перенесение встречает возражения. См.: *Bardach J. Metoda porownaweza w zastosowaniu do powszecznej historii panstwa i prawa //Czasop. prawnohist. 1962. № 2. S. 12; Zojra-Zieliecka K. O stosowaniu metody porownawczej w historii prawa // Panstwo i prawo. 1963. № 12. S. 842.*

но, 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»¹.

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

¹ См.: Тарановский Ф. В. Сравнительное правоведение к конце XXI в. Варшава, 1902. С. 8-10.

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.

3. 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 исследования. 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, вы-

ходящих под этим названием? Главный вопрос: речь идет о методе или о науке?¹ Для прояснения этого вопроса полезно обратиться к работам, прямо или косвенно касавшимся его.

Следует обратить внимание на известную неясность 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»². 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

¹ Впрочем, как справедливо подчеркивает румынский автор И. Эминеску, альтернатива эта обычно формулируется несколько упрощенно. В действительности вопрос должен ставиться так: является ли сравнительное правоведение наукой и методом или только методом? См.: Эминеску И. К вопросу о сравнимости различных правовых систем // Сравнительное правоведение. М., 1978. С. 117.

² Petruľakova J. K poĭmu porovnavacia pravoveda // Pravny obzor. 1970. N 6. S. 711. Однако И. Петрулякова, определяя сравнительное правоведение в качестве самостоятельной отрасли правовой науки, предметом которой является одновременное и совместное изучение двух или нескольких правовых систем или урегулированных правом общественных отношений этих систем, не считает сравнительный метод особым методом правового исследования (Ibid. S. 715).

терминологическое разграничение оправдано не только с содержательной стороны. Оно позволяет терминологически зафиксировать различия в применении сравнительно-правового метода в отраслях юридической науки. Например, Д.И.Фельдман пишет, что «применительно к науке международного права точнее говорить о сравнительном методе», а не о сравнительном правоведении¹.

Нельзя в этой связи не признать справедливым замечание В.А.Туманова, что правы, по-видимому, те авторы, которые не хотят решать данную проблему по принципу «или - или»².

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 - и метод, применяемый всеми отраслями юридической науки, и особое направление правовых исследований.

На это обращают внимание А.А.Тилле, Ю.А.Тихомиров, В.А.Туманов, Л.С.Явич, М.М.Файзиев, В.Н.Денисов, Г.В.Швеков, Н.А.Крашенинникова, Е.П.Каменецкая, Г.Алеш, М.И.Марченко³.

Вместе с тем следует указать, что значительная часть ученых-юристов оспаривает существование сравнительного правоведения как самостоятельно-

¹ Фельдман Д.И. Система международного права. Казань, 1983. С. 87.

² См.: Туманов В.А. Вступительная статья // Сравнительное правоведение. М., 1978. С. 12.

³ См., напр.: Явич С.Л. Общая теория права. Л., 1976. С. 9; Файзиев М.М. Применение сравнительного метода при исследовании государственного и правового строительства союзных республик. Ташкент, 1978. С. 49; Денисов В.П. Правовые системы стран Тропической Африки, освободившихся от британской колониальной зависимости: Автореф. дис...д-ра юрид. наук. Киев, 1981. С. 8; Алеш Г. Право и система методов его исследования: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1980. С. 12; Каменецкая Е.П. Сравнительный метод в международном праве: (на примере междунар. мор. и косм. права) // Деятельность государств в мировом океане. М., 1983. С. 133; и др.

го направления правовых исследований и считает, что это только частнонаучный метод¹.

Так, С.Л.Зивс решительно не согласен с рассмотрением сравнительного правоведения как направления правовых исследований. Говоря о сравнительном правоведении как о частном методе, С.Л.Зивс указывает, что один метод не может конструировать науку². Но, разграничив эти два аспекта (предмет и метод), он склонен рассматривать их изолированно, без учета точек пересечения. 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.

Наиболее плодотворной для выявления содержания понятия сравнительного правоведения, на наш взгляд, является позиция В.А.Туманова. Разграничивая (но не противопоставляя) «сравнительный метод как особый частнонаучный метод» и «сравнительное правоведение как особое направление правовых исследований», он указывает на самостоятельный предмет последнего: «специализированное изучение зарубежного (иностранного) права»³. Подобное решение проблемы может стать

¹ См.: Зивс С.Л. О методе сравнительного исследования в науке о государстве и праве // Сов. государство и право. 1964. № 4. С. 24; Казимирчук В.П. Право и методы его изучения. М., 1964. С. 91; Чхиквадзе В.М. Государство, демократия, законность. М., 1967. С. 32-33; Краснянский В.Э. Метод сравнительного правоведения в советской юридической науке: Автореф. дис. ...канд. юрид. наук. Л., 1971. С. 6; Козлов В.А., Суслов Ю.А. Конкретно-социологические исследования в области права: Учеб. пособие. Л., 1981. С. 20-21; и др.

² См.: Зивс С.Л. Источники права / Отв. ред. В.П.Казимирчук. М., 1981. С. 48-49.

³ Туманов В.А. О развитии сравнительного правоведения // Сов. государство и право. 1982. № 11. С. 44.

отправной точкой при согласовании различных взглядов на сравнительное правоведение в целях устранения терминологического «разночтения» этого понятия. Однако данное мнение не является общепринятым. 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 различие¹.

Даже этот краткий обзор различных точек зрения показывает необходимость четкого «узаконения» границ сравнительного правоведения как научного направления, уточнения его узловых общетеоретических проблем и концепций. Впрочем, это всегда происходит тогда, когда наука вступает в фазу окончательного становления.

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 наукой². В.П.Казимирчук справедливо указывает, что если в современных условиях, не говоря уже о будущем, процесс дифференциации знаний является одним из серьезнейших факторов выделения и отпочкования новых научных дисциплин, то не справедливо ли бу-

¹ 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. См.: Учебник русского гражданского права. М., 1912. С. 16.

² См.: Грязин Л.Н. Методология права: Некоторые вопросы //Сов. государство и право. 1982. № 6. С. 28.

дет связать это и с формированием новых направлений научного поиска?¹

Процесс дифференциации правового знания, особенно ускорившийся в последние два десятилетия, привел к укреплению взгляда на сравнительное правоведение как на особое направление научных исследований. Л.С.Явич обращал внимание на роль сравнительного правоведения в приобретении новых знаний о правовой действительности как основы для дальнейших теоретических исследований права².

Таким образом, сравнительное правоведение - это наука. Оно является таковой в двух аспектах, с двух хотя и различных, но дополняющих друг друга точек зрения³.

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 (иностранного) права на уровне

¹ См.: Казимирчук В.П. Теоретические вопросы социально-правовых исследований // Право и социология. М., 1973. С. 47.

² См.: Явич Л.С. Общая теория права. С. 9.

³ На эту особенность сравнительного правоведения обратил внимание еще в XIX в. М.М.Ковалевский. Он писал: «При узкой специализации научного труда: при исключительном знакомстве с законодательством лишь одного какого-нибудь народа трудно было приписать возникновение в его среде тех или других юридических норм действию общих ему с другими народами причин; оставался поэтому источник их возникновения в той или иной сложной и нелегко расчленимой причине, которую... мы привыкли называть духом народа» (Ковалевский М.М. Историко-сравнительный метод в юриспруденции и пресмы изучения истории права. М., 1980. С. 23-24). Свое суждение М.М.Ковалевский иллюстрирует примером исследования общинного землевладения. Целый ряд правовых явлений, которые немцы объясняли германским духом, а славянофилы - славянским, говорит М.М.Ковалевский, оказались общими не только для германцев и славян, но и для других народов.

не правовых систем в целом, на уровне отдельных отраслей права и основных правовых институтов. Здесь речь идет о том, чтобы 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 этого, говорят, что изучение иностранного права есть лишь подготовка к сравнительному правоведению, его подготовительная ступень. Такое представление восхо-

дит, 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 теоретически 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»¹.

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

¹ Луквич Р. Методология права /Под ред. и со вступит. ст. Д.А.Керимова. М., 1981. С. 201.

во-первых, методологические проблемы сравнения в праве («теория сравнительно-правового метода»);

во-вторых, сопоставительное изучение основных правовых систем современности (при этом весьма велико значение вопроса о классификации этих систем);

в-третьих, традиционное «сравнительное законодательство», т.е. сравнение нормативных источников по конкретным правовым проблемам, по преимуществу на уровне и в рамках отраслей права;

в-четвертых, так называемое функциональное сравнение и некоторые другие социологически ориентированные виды сравнительно-правовых исследований.

в-пятых, историко-сравнительное изучение права¹.

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 значима международно-правовая проблематика. Сравнительно-правовые исследования на стыке двух наук². В связи с этим унификация права является одной из ведущих проблем сравнительного

¹ *Tumanov W.A.* Zur Entwicklung der vergleichenden Rechtswissenschaft (Thesen) // Die Rolle der Rechtsvergleichung in der Rechtswissenschaft. Rechtsausbildung und Rechtspraxis der DDR. Sowie in der ideologischen Auseinandersetzung. Potsdam: Rabelsberg, 1982. S. 61.

² *Kiss A.* Сравнительное право и международное публичное право // Очерки сравнительного права. М., 1981. С. 205.

правоведения¹. 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 важности. 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 (теоретическо-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

¹ Симптоматично, что английский компаративист Х. Гаттерридж, будучи противником унификации, тем не менее посвятил ей три главы в своей книге. См.: *Gutteridge H.C. Op. cit.* См. также: *Ансель М. Сравнительное право и унификация права // Очерки сравнительного права. С. 187-203.*

случае предметом сравнительного правоведения являются:

1) методологические проблемы сравнительно-правового исследования (при этом значительное место занимает теория сравнительно-правового метода);

2) сопоставительное изучение основных правовых систем современности, другими словами систематизированное изучение зарубежного (иностранного) права;

3) обобщение и систематизация результатов конкретных сравнительно-правовых исследований;

4) разработка конкретных методических правил и процессов сравнительно-правовых исследований;

5) исследование историко-сравнительных правовых проблем;

6) сравнительное изучение международно-правовых вопросов современности.

4. 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 пробле-

матикой 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 правовых систем создает благодатную 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 взаимопонимания. *Во-вторых*, в рамках сравнительного правоведения анализируются не только пробле-

мы 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 исследова-

ний, рождаются новые специализированные институты, расширяется круг юридических изданий 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 накопило опыт обобщения эмпирического материала, техники и методики сравнительно-правовых исследований.

5. 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 основных 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 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.

Историческое прошлое юридической компаративистики соединяется с ее настоящим не только посредством преемственности теоретического правового знания, но и с помощью объективных закономерностей поступательного развития правовых систем различных государств мира.

Сегодня сравнительное правоведение более дифференцированно и более глубоко, 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:

во-первых, интенсивный рост проводимых сравнительно-правовых исследований и научных публикаций;

во-вторых, появление систематизирующих и обзорных работ, включая ретроспективные библиографии, хрестоматии, проведение международных и двусторонних коллоквиумов и конференций по наиболее актуальным проблемам;

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

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

в-пятых, 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 научной дисциплины, следует рассматривать специфические особенности предмета исследования, положенные в основу дисциплинарной работы и устанавливающие значимость и автономность данной отрасли правового знания, ее статус в системе юридических наук в целом. Другими словами, возникновение и развитие сравнительного правоведения связывается со специфическим подходом и предметом, обеспечивающими общее его признание.

Сравнительное правоведение показывает относительность существующего национального права. Оно позволяет:

во-первых, выйти за пределы простого определения писаной нормы как единственного выражения права, действующего на определенной государственной территории, или как единственной цели использования определенной юридической техники;

во-вторых, 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:

во-первых, при решении некоторых кардинальных, сквозных проблем законодательной политики;

во-вторых, при решении отдельных проблем путем выработки актов национального законодательства;

в-третьих, в целях совершенствования 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-пра-

вовое 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 таким, 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.

«Современное сравнительное право содействует становлению глобального консенсуса относительно назначения и универсальной ценности права, - писал известный французский компаративист М. Ансель. - Его конечная цель в той мере, в какой ему удастся выйти за пределы сопоставления национальных технических приемов и преодолеть региональный партикуляризм, заключается в том, чтобы служить выражению универсального правового сознания или по крайней мере, какими бы ни были

организационные и идеологические различия автономных систем и режимов, выявить юридическое сознание, свойственное нациям, достигшим сходного уровня развития цивилизации на данный момент истории человечества»¹.

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.

ТЕМА 2. МЕТОДОЛОГИЯ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ

1. Понятие и значение сравнения

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

В арсенале познавательных средств важное место принадлежит сравнению². Его роль в познании метко выражена в превратившихся в поговорки из-

¹ *Ancel M. Utilitet methodes du droit compare. Neuchatel, 1971. P. 119.*

² Логико-гносеологические проблемы сравнения более или менее обстоятельно рассматриваются философами и историками. См.: *Масленников М. М. Методологическое значение сравнения в научном познании. Воронеж, 1968; Бартоп В. И. Сравнение как средство познания. Минск, 1978.*

речениях: «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 не только познавательное, но и практическое значение. Это общенаучный и логический прием познания, который привлекал к себе внимание как древних философов, так 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 сходство его с родственными предметами¹.

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.

¹ См.: Кондаков Н.И. Логический словарь. М., 1975. С. 496.

Любое научное сравнение представляет собой своеобразное комплексное явление, единство трех моментов:

во-первых, логического приема познания;

во-вторых, процесса, т.е. особой формы познавательной деятельности;

в-третьих, 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.

2. 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. Так, В.М.Сырых пишет: «К сравнительному правоведению относится то, в чем есть элемент сравнения. Если же мы выходим за рамки сравнения, то выходим за рамки сравнительного правоведения»¹.

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

¹ Сырых В. М. Метод правовой науки: (Основные элементы, структура). М., 1980. С. 81-82.

деятельности вообще» и сравнительный метод как «относительно самостоятельный, систематически организованный способ исследования, при котором сравнения служат для достижения специфических целей познания»¹.

Сравнительно-правовое исследование путем выявления сходного обнаруживает и то, чем различаются сравниваемые правовые системы². 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 место и значение 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 сравни-

¹ См.: *Маркрян Э.С.* Очерки теории культуры. Ереван, 1969. С. 183-184.

² Говоря о необходимости общего при выявлении различий в сравниваемом, известный русский ученый М.М.Ковалевский писал, что совершенно невозможно выделить черты различия, не решив предварительно, в чем же состоит сходство. См.: *Ковалевский М.М.* Историко-сравнительный метод в юриспруденции и приемы изучения истории права. М., 1980.

тельно-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 действенность. В то же время частнонаучные методы необходимы для повышения эффективности общенаучных методов, которые они обогащают.

Таким образом, сравнительно-правовой метод выступает как один из конкретных способов применения общенаучных методов в исследовании правовых явлений. Подобным образом сравни-

тельно-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.

3. 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 лите-

ратуре еще в 60-е годы XX в., шла в русле более широкой проблемы - системы методов, применяемых правоведением¹. 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 в юридической науке он всегда занимал значительное место независимо от того, как его понимаем. 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, сравнительно-правовой метод, *во-первых*, 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 момент 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 вы-

¹ См.: *Краснянский В.Э.* Метод сравнительного правоведения в советской юридической науке. Автореф. дис. ...канд. юрид. наук. Л., 1971; *Зивс С.Л.* О методе сравнительного исследования в науке о государстве и праве //Сов. государство и право. 1964. № 3. С. 25-35; *Казимирчук В.П.* Право и методы его изучения. М., 1965. Гл. 3; *Баскин Ю.Я., Фельдман Д.И.* Международное право: проблемы методологии. М., 1971. Гл. 3; *Сырых В.М.* Указ. соч. С. 72-84; *Алеш Г.* Право и система методов его исследования: Автореф. дис. ...канд. юрид. наук. Л., 1980.

зывают 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 вспомогательным¹. Более того, «сравнительный метод ни в сфере познавательной, ни в сфере оценочной деятельности не может освободиться от несколько уничижительного клейма вторичности»². Следовательно, этот метод «не может стать источником нового знания», а может лишь «служить ... пополнению знаний, приобретенных другими средствами»³. Впрочем, З.Петери оговаривается, что уже имеющиеся знания «в процессе или в результате сравнения могут стать источником новых знаний»⁴. 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 мето-

¹ См.: Петери З. Задачи и методы сравнительного правоведения // Сравнительное правоведение. М., 1978. С. 89.

² *Peteri Z. A Jogiszszehasonlitas elmeleti kerdesei a szoyjet jogtudomanyban // Allam-es jogtudomany. 1978. N 3. P. 270.*

³ Петери З. Указ. соч. С. 80-81.

⁴ Там же.

да. 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»¹.

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 уровень². 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»³.

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, сравнитель-

¹ Алексеев С.С. Общая теория права. М., 1981. Т. 1. С. 32-33.

² Сравнительное правоведение. М., 1978. С. 48. Такую же позицию занимает М.Рейнштайн, который пишет, что «задача сравнительного правоведения состоит лишь в том, чтобы показать, к каким последствиям приведет сохранение, изменение или отмена нормы, о которой идет речь. Все дальнейшее относится к политике права» (Очерки сравнительного права. М., 1981. С. 90). Впрочем, буквально через шесть страниц М.Рейнштайн пишет, что «одна из самых интересных задач современного сравнительного правоведения - это выработка общих принципов права...» (Там же. С.97).

³ Туманов В.А. О развитии сравнительного правоведения //Сов. государство и право. 1982. № 11. С. 49.

ный метод - единственный действительно научный метод выявления общих для всех стран закономерностей развития¹.

Представляется спорной точка зрения и тех авторов, которые обуславливают применение сравнительного метода лишь сопоставительным анализом различных правовых систем². Думается, что не следует сужать сферу его применения лишь сравнением различных правовых систем. В рамках федеративной правовой системы сравнительному методу, как правило, отводится немаловажная роль в ее изучении, но особенно в правотворческом процессе³. Это достаточно убедительно показано в юридической литературе⁴.

4. Сравнительное правоведение: основные виды исследований

А. 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*

¹ См.: Махненко А.Х. О методе сравнительного правоведения в исследовании и преподавании государственного права зарубежных социалистических стран // Правоведение. 1967. № 1. С. 98. Аргументацию, направленную против переоценки сравнительного метода, см. в кн.: Казимирчук В.П. Указ. соч. С. 92.

² Сравнительное правоведение. М., 1978. С. 18.

³ Противоположного мнения придерживается Й.Якубовский, который считает, что исследование развития одного института одной и той же правовой системы нельзя считать сравнительно-правовым изучением в собственном смысле слова. См.: Jakubowski J. Z problematyki metodologicznej badan prawoporowna cezych // Panstwo i prawo. 1963. N 7. S. 4-5.

⁴ См. напр.: Файзиев М.М. Применение сравнительного метода при исследовании государственного и правового строительства союзных республик / Отв. ред. Ш.З.Уразаев. Ташкент, 1978.

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.

Б. 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 соотнесенность сравниваемых объектов.

Сравнение внутри одного государства (федеративного или унитарного) может быть охарактеризовано как внутреннее, а первые два вида сравнения - как внешние. Внутреннее 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.

В. Микро- и макро сравнение

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 которому 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 правовой 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.

Г. Объекты и уровни сравнения

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 современности¹.

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 уровней².

¹ См.: Тихомиров Ю. А. Курс сравнительного правоведения. М., 1996. С. 54-60.

² См.: Тилле А. А. Социалистическое сравнительное правоведение. М., 1975. С. 78. В компаративистской литературе этот подход обозначается термином "законодательное сравнение" или "сравнительное законодательство". Более удачным представляется термин "нормативное сравнение".

Д. 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-историчес-

кими причинами развития данных правовых систем.

Как правильно пишет Ж. Сталев, «чем шире становится сравнение, тем меньше вероятность тождества юридической терминологии, тем больше риск ошибок при поиске иностранного двойника отечественному юридическому термину, правовому понятию и институту»¹. 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 претерпела значительные изменения. Отдельные компаративисты стали уничижительно определять нормативное сравнение как догматическое. Недостатки нормативного сравнения вынудили обратиться к так называемому функциональному сравнению².

¹ Сталев Ж. Сравнительный метод в социалистической правовой науке // Сравнительное правоведение. М., 1978. С. 25.

² Все это отнюдь не означает, что нормативное сравнение потеряло свое значение. В.А. Туманов отмечает, что «правильно построенное «законодательное сравнение», берущее объект исследования в его социальных взаимосвязях и социальном функционировании, обладает достаточно большим научным потенциалом» (Туманов В.А. Указ. соч. С. 48).

Е. 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 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 этот 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 при помощи 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. Цвайгерта¹. 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 проблемы².

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 общена-

¹ Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. М., 1998. Т. I.

² Тихомиров Ю. А. Указ. соч. С. 55-56.

учным целям, познанию социальной функции права, и сведение целей и задач функционального сравнения лишь к анализу, способному давать практические рекомендации, что значительно уменьшает его теоретико-познавательные потенции¹.

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, динамике². 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 социоло-

¹ Рейнстайн М. Предмет и задачи сравнительного правоведения //Очерки сравнительного права. М., 1981. С. 92, 93.

² Rozmaryn S. Les grandes controverses du droit comparé //Rotondi M. Inchiesta di diritto comparato. Padova, 1973. P. 577-591.

гом, историком права, антропологом и, разумеется, юристом, знающим современное право»¹, 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»², 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. процедуры оферты и акцепта. Планирование и

¹ Рейнштайн М. Указ. соч. С. 92, 93.

² Formation of contracts: A study of the common core of legal systems /Ed. R. Schlesinger. N. Y., 1968. Vol. 1/2. 1727 p.

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, представляющим 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.

ТЕМА 3. ИСТОРИЯ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ

1. Историко-философское направление сравнительного правоведения. Германия

Современное состояние сравнительного правоведения не может быть понято без рассмотрения его более чем полуторавековой истории. Рассматривая понятие, предмет, цель и функции юридической компаративистики, можно получить научно обоснованные выводы лишь в том случае, если будут приниматься во внимание исторический путь, пройденный сравнительным правоведением, возникновение и основные этапы его развития; и наоборот, именно современные теоретические положения, порожденные опытом прошлого, способствуют прогнозированию и разворачиванию будущих этапов его исторической эволюции. Такого подхода требует и научный принцип единства исторического и логического.

При историческом подходе, а именно при следовании за исторической эволюцией какой-то правовой идеи или юридического института в обратном направлении, в глубины «колодца прошлого», исследователю надо иметь в виду опасность изменения семантического содержания правовых понятий. В юридической литературе нередко упоминается и признается, что значительная часть современных научных правовых понятий уже не соответствует, во всяком случае полностью, своей первоначальной семантике.

Сравнительное правоведение зародилось первоначально как сравнительно-историческое правоведение; оно развивалось в ряде стран, в том числе в Германии и России, прежде всего в исторических исследованиях. Многие под термином «сравнительное правоведение» понимали всеобщую сравнительную историю права. Основанием для этого служила позиция исторической школы права, которая действительно широко использовала сопоставление разных правовых систем. Это сопоставление было призвано обосновать идею спонтанного развития права и его возникновения из «народного духа». Такое сравнение - даже тогда, когда оно способствовало уяснению некоторых исторических взаимосвязей и взаимовлияний, - служило, в частности, определенной априорной цели, а именно подтверждению того, что правовое развитие народов идет различными, непохожими друг на друга путями. Это была цель скорее противопоставления, нежели сравнения: надо было доказать, что правовое развитие, порожденное французской революцией, вовсе не обязательно для других стран.

Взгляды Савиньи, основоположника исторической школы права, имели большое значение для развития юридической науки. Он не только заложил основу исторического метода в юридической

науке, но и попытался создать научную историю права. В работах Савиньи большое место занимали римское право и разработка пандектного права. В своей большой работе «Система современного римского права» он писал: «Применительно к римскому праву исторический подход вовсе не означает, как думают многие, признание полного господства римского права, скорее он позволяет выделить в массе правовых явлений те, что действительно берут свое начало в римском праве».¹

Обращаясь к конкретным путям исторического развития права Германии, представители исторической школы сосредоточили свое внимание на рецепции римского права, германском праве и соотношении этих двух систем. В зависимости от того, как понималось это соотношение, позднее выделились два течения: романистов и германистов. В частности, появление германского течения связывают с выходом в 1843 г. книги Г. Безелера «Народное право и право юристов»².

С позиции исторической школы права право настолько связано с развитием данной нации и народа, что оно не может быть использовано другим народом. Любое правовое заимствование не может не вступить в противоречие с собственным «народным духом». Такой тезис уводил историческую школу права от сравнительного права. В связи с этим в начале XX в. французский компаративист Р. Салейль отмечал, что исторический метод изучения общественных наук обладает многими преимуществами, однако историческая школа остановилась на полпути³.

¹ Цит. по: *Кульчар К.* Историзм в юридической науке XX в. //Критика современной буржуазной теории права. М., 1969. С. 217.

² *Beseler G.* *Vulksrecht.* Leipzig, 1843.

³ *Saleilles R.* *L'ecole historique et droit naturel* //Rev. trimestrielle droit civil. 1902. № 1. P. 80.

Позициям исторической школы права противостояли два течения, которые, исходя из иных, чем эта школа, философских предпосылок, выступали за развитие сравнительного права. Одно из них основывалось на кантианских идеях, и его главным представителем был А. Фейербах. Другое тяготело к Гегелю и было представлено южнонемецкой, или гейдельбергской, школой права.

Историческая по своему характеру гейдельбергская школа исходила из гегелевского понимания истории. С ней связаны имена Тибо, Ганса, Цахарие, Миттермайера - ученых, споривших с исторической школой права и пошедших дальше нее. Либеральный и космополитический дух, реформаторские и новаторские тенденции характеризовали эту школу, рассматривавшую иностранное право не только как объект юридического знания, но и как инструмент улучшения законодательным путем национального права. Позднее в рамках этой школы получило развитие сравнительно-этнологическое правоведение, которое связывалось с именами Поста и Колера.

Наиболее видным представителем гейдельбергской школы права был Э. Ганс, учившийся у Тибо и Гегеля в Гейдельбергском университете. Вслед за Гегелем Ганс утверждал, что любое историческое исследование, которое не приводит в конечном счете к выработке понятий, - не более чем поверхностное, развлекательное занятие. Для Ганса история - это не только знание прошлого. Она включает в себя и изучение настоящего. С правом прошлых времен следует сопоставить современное право, и только так можно понять отдельные этапы развития разума - движущей силы исторического развития. Таким образом, Ганс одним из первых обратился к изучению истории права всех народов, с тем чтобы свести затем полученные в результате

сравнения данные воедино. В связи с этим его концепцию можно назвать всеобщей сравнительной историей права. Однако у него в отличие от исторической школы права настоящее не подчинено прошлому, наоборот, прошлое должно помочь открыть последовательное развитие понятия права. При этом, оставаясь на гегелевских позициях, Ганс считал, что история права каждой нации - это определенная стадия в общем, универсальном развитии права. Поэтому и история права для Ганса - это наука, сравнительная по методу и универсальная по целям.

Резко критикуя слабые места исторической школы права, Ганс назвал ее антикварной микрологией и противопоставил ей свою сравнительно-философско-историческую программу. Подтверждением этому может служить его четырехтомное исследование «Наследственное право во всемирно-историческом развитии». В нем он рассматривал семейное и наследственное право самых различных народов, начиная от римского, индусского, китайского, иудейского, мусульманского и греческого права и кончая современным ему итальянским, испанским, португальским, французским, английским и североамериканским правом. Этот труд со всеми его недостатками является, пожалуй, первым и очень важным вкладом в сравнительную всеобщую историю права. Все это дало основание западногерманскому компаративисту Л.-Ж. Константинеско сказать, что «появление этой книги и является днем рождения современного сравнительного правоведения»¹. Этот автор особо отмечает, что вклад Ганса в развитие сравнительного правоведения существен в двух отношениях: во-первых,

¹ Константинеско Л.-Ж. Развитие сравнительного правоведения // Очерки сравнительного права. М., 1981. С. 114.

он стремился интегрировать сравнительное право в философско-историческую концепцию; во-вторых, он создал ряд работ прикладного значения, призванных подтвердить общий концептуальный подход.

Против исторической школы права выступил и другой представитель южнонемецкой школы - профессор Гейдельбергского университета К. Цахарие. Он придавал большое значение иностранному праву и кодификации, особенно Французскому гражданскому кодексу 1804 г. Наряду с французским правом Цахарие уделял внимание местным партикулярным правовым системам и римскому праву. Его основной труд назывался «Учебник французского права», где он рассматривал французское право на широкой историко-философской основе. Это была одна из самых известных книг века. Если в первом издании она состояла из двух томов, то во втором - уже из четырех. Книга имела большой резонанс не только в Германии, но и во Франции и в Италии, что подтверждается ее переводами и многократными переизданиями в этих странах. Она как бы перебросила мост между немецкой и французской юридической наукой.

Еще один представитель южнонемецкой школы - профессор Гейдельбергского университета К. Миттермайер. Его научно-практическая юридическая деятельность развивалась в трех направлениях. Первое - это собственно научная деятельность на широкой сравнительной основе. В своих многочисленных научных трудах по уголовному процессу он широко использовал сравнение германского общего права с французским, американским, австрийским, баварским и прусским. Второе - практическая деятельность по подготовке и консультированию проектов законодательных реформ. Он был официальным экспертом по подготовке многих кодексов.

Наконец, третье - деятельность, имевшая целью информировать немецких юристов о состоянии права и законодательных реформах за рубежом. Совместно с Цахарие он основал в 1829 г. "Критический журнал юридической науки и зарубежного законодательства" ("Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes") - первое периодическое издание, вышедшее за рамки национальной правовой системы и познакомившее юристов Германии с иностранным правом и его развитием. Журнал просуществовал до 1953 г., и изданные 26 его томов содержали весьма богатый законодательный, критический и сравнительный материал по уголовному, уголовно-процессуальному праву и криминологии различных стран.

Миттермайер в отличие от Гегеля и Ганса не стремился связать сравнительные исследования с всеобщей историей и эволюцией права и дать сравнительному праву философскую основу. Он не занимался историей права современных ему народов и правом народов, принадлежащих к другим культурам и этапам развития цивилизации, а первым ориентировал сравнительное право на удовлетворение практических потребностей, стремясь использовать его как средство законодательной политики.

При всей активизации сравнительно-исторических исследований гейдельбергской школой область их применения была ограничена правом цивилизованных народов, другими словами, правовыми системами, причислявшимися к индогерманской, или арийской, семье. Эту ограниченность стремилась преодолеть юридическая этнология, включавшая в сферу научных поисков право так называемых примитивных, или варварских, народов. Заслуга ее создания принадлежит Посту (дававшему ей и название) и Колеру.

И. Колер считал, что, только интегрировав в себе юридическую этнологию, история права может стать действительно всеобщей. История права цивилизованных народов и этнология права народов нецивилизованных должны слиться воедино. Однако полученные этими объединенными науками материалы Колер считал лишь первичными и исходными для научного сравнения в собственном смысле слова. В своем философском правопонимании он исходил из того, что право - это фактор и следствие цивилизации. Оно неразрывно связано с культурой и способно выполнить свое предназначение лишь тогда, когда отвечает требованиям культуры данного времени¹.

А. Пост стремился создать с помощью сравнительного метода такую юридическую науку, которая базируется на историческом опыте и приближается по своему характеру к естественным наукам. Он выступал против естественно-правовой теории и любого другого спекулятивно-умозрительного правопонимания. Г. В. Плеханов критиковал Поста за утверждение, что право есть чистый продукт необходимости, в котором тщетно искать какую бы то ни было идеальную основу. Критикуя это положение, Плеханов отмечал, что характер любой правовой системы зависит от способов производства и тех взаимных отношений между людьми, которые создаются этими способами. В этом смысле у права нет и не может быть идеальной основы, так как его основа всегда реальна. Но реальная основа всякой данной системы права не исключает идеального отношения к ней со стороны членов данного общества². Хотя Пост видел задачу науки в том, чтобы

¹ См.: Колер И. Право как элемент культуры. М., 1896.

² См.: Плеханов Г. В. К вопросу о развитии монистического взгляда на историю // Избр. философ. произведения. М., 1956. Т. 1. С. 631.

вывести законы, управляющие исторической эволюцией правовых институтов и права в целом, найти таковые ему не удалось¹.

В сравнительно-этнологическом правоведении Поста и Колера нередко происходило смешение сравнительного права со сравнительной историей права. Они часто подгоняли исходный этнологический материал под заранее постулированные гипотезы и концепции. Поэтому сравнение у них нередко оказывалось поверхностным. Оно почти всегда было направлено на выявление сходства и параллелизма в развитии права, ибо, по их мнению, такое развитие было подчинено действию общих для всего человечества закономерностей. Различия и несходства отбрасывались, как случайные. Само общественное развитие понималось как однолинейный процесс.

Еще одна заметная фигура в становлении сравнительного правоведения в Германии второй половины XIX в. — А. Фейербах.

Основываясь на кантианских идеях, Фейербах выступал одновременно и против национализма исторической школы права, и против универсализма естественно-правовой доктрины. Он широко использовал сравнительный метод в сфере уголовного законодательства как в теоретическом, так и в практическом плане и пытался создать науку сравнительного права, которую трактовал как всеобщую историю права. По его мнению, только сравнение различных правовых систем дает возможность превратить юриспруденцию в подлинную науку, где философия, история и сравнение должны быть признаны равноправными компо-

¹ См.: *Post A.* Зачатки государственных и правовых отношений // Очерки по всеобщей сравнительной истории государства и права / Предисл. М. Ковалевского. М., 1896; *Post A.* Grundrecht der ethnologischen Jurisprudenz. Leipzig, 1889.

нентами, на основе которых развивается юридическая наука. Фейербах утверждал, что ни один народ не следует рассматривать исключительно под углом зрения его индивидуальности и соответственно право любого народа должно считаться составной частью общей панорамы.

А. Фейербах создал проект Баварского уголовного кодекса, который на протяжении XIX в. служил моделью для законодателей как в Германии, так и в других странах. Разработке этого проекта предшествовали серьезные сравнительные исследования французского и итальянского права. Крылатыми стали среди компаративистов мира слова Фейербаха: “Почему в распоряжении анатома имеется сравнительная анатомия, а юрист-ученый не имеет сравнительной юриспруденции? Богатейший источник всех открытий в любой науке - это сравнение и сопоставление...”

Таким образом, в первой половине XIX в. в Германии были сделаны значительные шаги в развитии сравнительного правоведения.

2. Французская школа сравнительного законодательства

Если в первой половине XIX в. эпицентр сравнительного правоведения находился в Германии, то во второй половине он переместился во Францию.

Сравнительное изучение различных правовых систем велось здесь прежде всего в практико-прикладных целях для совершенствования национального законодательства, тем и обусловлено преобладание термина “сравнительное законодательство”, подчеркивавшего прикладной характер науки. Существенную роль сыграло и то, что во французской юридической науке господствовал позитивизм (школа экзегезов).

В 1869 г. создается Общество сравнительного законодательства, сыгравшее впоследствии значительную роль в развитии компаративистики. По мнению основателей этого Общества, его создание отвечало потребностям юристов выйти за ограниченные рамки одной законодательной системы, с тем чтобы и само законодательство в свою очередь утратило сугубо локальные черты и восприняло опыт, накопленный во всем мире. Чтобы реализовать эти цели, Общество активно искало сотрудничества с юристами других стран. Тогда же начал выходить Бюллетень Общества ("Bulletin de la Societe de legislation comparee"), где публиковались исследования и статьи по зарубежному праву.

В целях ознакомления общественности с законодательными текстами Общество с 1875 г. приступило к выпуску Ежегодника зарубежного законодательства ("Annuaire de legislation йtrangere") и Ежегодника французского законодательства ("Annuaire de legislation franzaise"). При министерстве юстиции Франции был создан Комитет иностранного законодательства, который совместно с Обществом сравнительного законодательства обеспечивал перевод на французский язык большинства иностранных кодексов и других важных законодательных актов.

Это были годы стабилизации и упрочения французской правовой системы. Такая ситуация служила важной предпосылкой господства юридического позитивизма, видевшего совершенную модель во французском праве, которое не нуждается в обосновании и оправдании и должно рассматриваться так, как оно есть.

В соответствии с позитивистскими установками сравнительное правоведение в лице школы сравнительного законодательства конструировало себя

как чисто юридическая теория, изучающая позитивное законодательство.

Предметом сравнительного законодательства было не право вообще, а действующие правовые нормы и институты. Конкретная цель его состояла в изучении не теоретически отвлеченных, а необходимых для законодательной деятельности выводов. В рамках “классической школы” оно дало наибольший эффект в совершенствовании национального отраслевого законодательства. Это относится почти ко всем отраслям права, прежде всего к гражданскому, уголовному и процессуальному.

Однако постепенно теоретический уровень французской компаративистики отходит от уровня экзегезов и на пороге XX в. в ней были созданы значительные теоретические конструкции. Здесь прежде всего нужно обратиться к работам Р. Салейля.

Взгляды Р. Салейля на сравнительное право были обусловлены двумя факторами. Во-первых, Кодекс Наполеона 1804 г. к концу XIX в. существенно устарел и его “стерильное” толкование представителями школы экзегезов изжило себя. Во-вторых, значительное влияние на Р. Салейля оказало учение Р. Иеринга, и особенно тезис о том, что право непрестанно эволюционирует, приспособляясь к динамизму социальной жизни¹.

Столетний возраст французского Гражданского кодекса 1804 г. имел следствием то, что на практике стал особенно явным разрыв между его юридическими нормами и практическими потребностями общества. Школа экзегезов не могла преодолеть его. Наоборот, как отмечал Р. Салейль на I Международном конгрессе сравнительного права, она

¹ См.: *Константинеско Л.-Ж.* Указ. соч. С. 138.

лишь “углубила разрыв доктрины и судебной практики, официального права, права в книгах и живого права”¹. Правовые реформы стали велением времени, и Салейль не уставал подчеркивать, что прогрессивное развитие французского права невозможно без использования того, что дает для этого развития сравнительное право. По мнению Салейля это самый полезный инструмент в процессе обновления законодательства.

Р. Салейль считал основной целью сравнительного права - не умозрительные научные конструкции, основанные на отдельных социологических и исторических данных, а прежде всего развитие и совершенствование национального права.

Разумеется, значимость сравнительного права для законодательной политики неоднократно подчеркивалась и ранее, в частности А. Фейербахом и К. Миттермайером. Однако позиция Р. Салейля отличалась специфическим подходом к соотношению “сравнительное право - развитие права”. Специфика состояла в том, что в изменившейся обстановке развитие права связывалось уже не только и даже не столько с деятельностью законодателя, сколько с судебной практикой. Ее границы, задачи и эффективность как источника права трактовались теперь намного шире. Движение “свободного права” наделяло судебную практику такими свойствами, в силу которых ее роль как самостоятельного формального источника права все более возрастала. В этой связи с помощью сравнительного права Р. Салейль стремился придать судебной практике ведущую правотворческую роль в эволюции права. “Он был первый, - писал известный французский юрист Ф. Жени, - кто решительно

¹ Saleilles R. Rapport sur l'utilite, le but et le programme du Congrès // Procès-Verbaux des seances et documents. P., 1905. T. 1. P. 17.

ввел иностранное право в процесс толкования права национального”¹.

Исходя из того что логическое толкование не способно восполнить пробелы в праве, Р. Салейль искал другие объективные факторы, которыми можно было бы пользоваться в процессе толкования права, без чего это толкование было бы отдано во власть субъективных подходов и оценок. Он пришел к выводу, что таким объективным фактором толкования является иностранное право и сравнительное право. Изучая итальянское, швейцарское и немецкое обязательное право, Салейль обнаружил большое сходство между этими системами и наличие таких решений, которые вполне могли быть восприняты и адаптированы французским правом.

Сравнительное право позволяло, таким образом, обнаружить как общность эволюции правовых систем, относящихся к одной и той же цивилизации, так и общность решений конкретных юридических проблем, сходство конкретных правовых институтов. Сравнение давало возможность выработать общую модель, или тип, института, имеющегося во многих правовых системах, и эта модель выступала по отношению к данным системам как некая законодательная модель. Р. Салейль писал: “Сравнительное право стремится путем сопоставления различных систем законодательства, его функционирования и достигнутых результатов выработать идеальный, хотя и относительный тип определенного института с учетом экономических и социальных условий, которым он должен соответствовать”².

¹ *Geny F.* Science et technique et droit prive positif. P., 1913. T. 2. P. 203.

² *Saleilles R.* Conception et objet de la science juridique du droit compare // *Procis-Verbaux des seances de documents.* P. 113.

Обнаружив с помощью сравнения принципиальную общность в решении одной и той же социальной проблемы различными правовыми системами, Р. Салейль полагал, что можно на этой основе создать в некоторых отраслях права нечто вроде общего наднационального права, которое будет служить объективным ориентиром для судебной практики в толковании норм национального права. Он много раз проводил аналогию между деятельностью современного компаративиста и старых французских интерпретаторов обычного права, выработавших путем сравнения обычаев субсидиарное общее право. Салейль полагал, что таким же путем современные компаративисты могут создать в некоторых областях частного права общее право цивилизованного человечества. Это общее право, очевидно, представлялось ему призванным заменить естественное право. Однако в отличие от последнего оно коренилось в действующем праве, а не возвышалось над ним. В судебном толковании, а равно при законодательных реформах это общее право должно было играть субсидиарную роль. Оно несколько напоминает то, что позднее будет названо "общие принципы права, признанные цивилизованными нациями" (формула ст. 38 Статута Международного суда). Речь уже тогда шла не о каких-то абстрактных принципах, открытых спекулятивным путем *in abstracto*, не о том, чтобы определить путем чисто умственной операции какое-то идеальное право, которое затем можно было бы попытаться (путем убеждения или путем демонстрации его преимуществ) ввести в какой-то положительный закон, приемлемый для всех, Р. Салейль выдвинул два условия, при которых зарубежные правовые решения и институты с помощью сравнительного анализа могут быть использованы как объективные критерии в толкова-

нии судом национального права. Первое условие сводилось к тому, что этот механизм толкования может быть использован только в случае пробела в праве. Второе состояло в том, что решения, содержащиеся в иностранном праве, могут быть использованы только тогда, когда они не противоречат принципиальным установкам национального права¹. Сделав из сравнительного права инструмент судебной политики, Салейль открыл перед ним новую область применения. Сравнительное право вышло из старых рамок, из умозрительного стало практико-прикладным, из исторического - повернутым к современности. Его функции из абстрактных и расплывчатых стали конкретными. Вместе с тем эта новая ориентация сузила сравнительное право до простого метода, поставленного на службу судебной политике.

3. Сравнительное правоведение в России

Вызывает возражения игнорирование или замалчивание достижений сравнительного правоведения в России отдельными западными компаративистами. Так, автор наиболее подробного исторического очерка развития сравнительного правоведения Л.-Ж.Константинеско в своей работе, перечисляя фамилии более 70 ученых, не упоминает ни одного русского юриста². Подобная тенденциозная трактовка характерна и для английского классика компаративизма Х. Гаттериджа³.

Известный русский историк права Н. П. Загоскин в своем библиографическом труде отвел целую главу теме "Сравнительно-исторический метод в

¹ Константинеско Л.-Ж. Указ. соч. С. 140-141.

² Там же. С. 104-149.

³ Gutteridge H. C. Comparative law: Introduction to the comparative method of legal study and research. 2nd ed. L.: Cambridge, 1949. P. 11-18.

применении к изучению истории русского права”, в которой отражена литература (вышедшая до 1881 г.) более двухсот наименований, относящихся к применению этого метода¹.

Известный русский историк права А. Филиппов писал: “Если история права русского, как часть права общеславянского, должна быть поставлена в теснейшую связь с историей права других славянских народностей, то, в свою очередь, история права славянского, наряду с историей права германского, римского и других народов, должна мыслиться как составная часть всеобщей или общей истории права, или так называемого “сравнительного правоведения”, “сравнительного исторического правоведения”, как еще иногда называют эту науку”².

Надо отметить усилия Н.М. Коркунова, В.И. Сергиевича, К. Малышева, Н.П. Загоскина, М.М. Ковалевского, П.Г. Виноградова, Ф.Ф. Зигеля, С. Муромцева, Г.Ф. Шершеневича, Ф.В. Тарановского и других русских ученых-юристов, которые при всех различиях в научном подходе к пониманию сравнительного метода не только применяли этот метод в своих исследованиях, но и внесли известный вклад в разработку методологии сравнительного правоведения. Еще в 80-х годах прошлого века ученый-юрист А. Башмаков писал, что “сравнительный метод проникает теперь в правоведение, хотя его результаты для него еще впереди. Но уже теперь самое стремление к сравнению сделалось настолько популярно, даже модно, что... в настоящее время у нас в России нет учебника судопроизводства или любого отдела права, который не отплатил бы этой дани духу времени; даже иное руководство

¹ См.: *Загоскин Н. П.* Наука истории русского права: Ее вспомогательные знания, источники и литература. Казань, 1891. С. 13-34.

² *Филиппов А.* Учебник истории русского права. М., 1914. С. 10.

практической юриспруденции, претендуя на всесторонность, иной раз обременяет невинного читателя массой фактов, сопоставленных без всякого вывода и подобранных из всевозможных иностранных законодательств”¹.

Весьма известен своими работами, посвященными сравнительной истории права, профессор истории русского права Московского и Петербургского университетов В.И. Сергиевич. Под историческим сравнением В. И. Сергиевич понимал сопоставление различных ступеней последовательного изменения одного и того же общества, а основную причину каждого данного состояния он видел в непосредственно ему предшествовавшем обществе. По его мнению, от сопоставления разных последовательных состояний общества раскрываются его законы развития от одного состояния к другому².

Сущность, виды, приемы, задачи и результаты сравнительно-исторического изучения права пытался выяснить профессор кафедры истории славянских законодательств Харьковского университета Н. Максимейко, который возникновение сравнительно-исторического метода видел в попытке раскрытия причин сходства самых отдаленных друг от друга правовых систем посредством совместного изучения этих сходств и их соответствующей классификации. Он полагал, что различные правовые системы могут быть сходны между собой в результате: 1) общности их происхождения; 2) заимствований, которые происходят: а) при переносе правовых норм известной страны в ее колонии; б) путем подражания; 3) идентичных условий жизни и потребностей. При этом он особо вы-

¹ Юрид. вести. 1886. Т. 22. С. 551-552.

² См.: Сергиевич В. Задачи и методы государственных наук М., 1871. С. 207-208.

делял изучение сходства правовых систем, исходящих из идентичности условий.

Н. Максимейко видел в сравнительно-историческом правоведении инструмент получения как практических, так и научных результатов, которые, по его мнению, состояли: а) в разъяснении многих памятников национального права; б) в ясном обозначении свойства исторических явлений права (через указания на сходства выводятся их закономерные черты, через указания на отличия - их индивидуальные особенности); в) в открытии истинных причин правовых явлений местной истории¹.

Наиболее видным представителем университетской правовой науки на рубеже XIX-XX вв. и первым крупным пропагандистом сравнительного правоведения в России был юрист-энциклопедист М. М. Ковалевский (1851-1916). В своей вступительной лекции к курсу сравнительной истории права (1878 г.) Ковалевский сформулировал задачу новой дисциплины как дополнительного, а в отдельных случаях единственно возможного пути "к всестороннему объяснению судеб отечественного законодательства". При этом он недвусмысленно отмежевался от сторонников выведения характера общественных и политических институтов из психологических особенностей той или другой нации².

Ученый видел широкие возможности сравнительных исследований в разных сферах юридической науки и особое внимание уделял истории права³. При этом под сравнительным методом он по-

¹ См.: Максимейко Н. Сравнительное изучение истории права: Вступ. лекция // Зап. Харьк. ун-та. 1898. Вып. 1. С. 1-14.

² См.: Ковалевский М. М. О методологических приемах при изучении раннего периода в истории учреждений // Юрид. вестн. 1878. № 1. С. 1-2.

³ См.: Ковалевский М. Историко-сравнительный метод в юриспруденции и приемы изучения истории права. М., 1880. С. 19-20; *Он же*. Сравнительно-историческое правоведение и его отношение к социологии: Методы сравнительного изучения права // Сборник по общественно-юридическим наукам / Под ред. Ю. С. Гамбарова. СПб., 1899. Вып. 1. С. 9.

нимал отнюдь не простое сравнение или сопоставление двух или более произвольно взятых законодательств. Подчеркивалась необходимость “видеть причинную связь между законодательством известного народа и суммою тех общественных явлений, при которых оно развивалось”¹.

М.М. Ковалевский различал два подхода. Для первого характерно сравнение тех или иных законодательств на том основании, что сравниваемые народы происходят из одного общего этнического ствола, а это порождает сходные убеждения и институты. Другой подход, к которому примыкал и сам Ковалевский, предполагал, что даже в случае отсутствия общности в происхождении народы тем не менее достигают одинаковых ступеней общественного развития. Причины сходства учреждений разных времен, стран и народов обычно коренятся в факте прямого заимствования или в одинаковости условий. Вот почему первая задача сравнительного метода состоит в выделении в особые классы той или иной суммы сходных явлений. Источник одинаковости условий лежит не в повторяемости одних и тех же событий, а в прохождении разными народами одинаковых стадий общественного развития.

В общей характеристике сравнительного метода Ковалевский особенно подчеркивал две его функции: как средства к построению совершенно новой науки (она называлась по-разному - описательной социологией, историей естественного роста человеческих обществ, естественной историей человеческих обществ) и как одного из приемов изучения истории той или иной правовой системы.

Сравнения и сопоставления должны проводиться на максимально широкой основе, а исследователь-компаративист “должен пользоваться в рав-

¹ Ковалевский М. М. Историко-сравнительный метод... С. 9.

ной мере и данными археологии, и выводами сравнительной этнографии и этнологии, и историческими свидетельствами памятников литературы и письменности”¹.

Работы Ковалевского, построенные с использованием историко-сравнительного метода, посвящены общинному землевладению, обычному праву, а также обширным разработкам из области истории и политических идей и учреждений². Необычная широта научных интересов позволяла ему проводить широкий синтез и сопоставления различных отраслей знания. Это проявлялось равным образом как при разработке общих тем, так и при анализе конкретных эмпирических историко-правовых явлений, например в ходе изучения обычного права народов Кавказа³. В исследовании Ковалевский стремился решить две задачи, соответствующие двум крупным социальным потребностям, - теоретическую (т. е. историко-юридическую) и практическую (связанную с выработкой внутренней политики, отношения царского правительства и судов к юридическим народным обычаям).

Интерес к разработке теоретических и прикладных возможностей сравнительного метода Ковалевский сохранил на всю жизнь, ясно отдавая себе отчет в неимоверной трудности решения этой задачи. “Придется постоянно следить за всеми открытиями, совершаемыми при помощи сравнительного метода в истории религий, права, нравов и обычаев, - говорил Ковалевский в одной из лекций о задаче исследователя-компаративиста. - Придется

¹ Ковалевский М. М. Историко-сравнительный метод... С. 21.

² См.: Ковалевский М. М. Происхождение современной демократии. М., 1895-1897. Т. 1-4; *Он же*. От прямого народоправства к представительному и от патриархальной монархии - к парламентаризму. М., 1906. Т. 1-3.

³ См.: Ковалевский М. М. Обычное право осетин в историко-сравнительном освещении. М., 1886. Т. 1-2; *Он же*. Закон и обычай на Кавказе. М., 1890. Т. 1-2.

быть в одно и то же время историком, психологом, фольклористом, воспитывать свой ум изучением точных наук и социологии...”¹.

М. М. Ковалевский исповедовал солидаризм О. Конта и с некоторыми поправками “теорию подражания” Тарда. Он резко критиковал доктрину естественного права и нормандскую школу, утверждая, что право нельзя выводить и понять из него самого, а можно только из социальных условий жизни общества. Он всегда подчеркивал зависимость сравнительного правоведения от руководящей социологической идеи и тесную связь его с другими методами. Однако защищавшаяся им концепция плюрализма факторов, обуславливающих общественное развитие, вела к смещению необходимого и случайного, не давала надежного ориентира для анализа и обобщения общественных явлений.

Видный русский ученый П. Г. Виноградов также внес значительный вклад в развитие сравнительного правоведения. Он был известен как глубокий и тонкий исследователь социальной истории средневековья, гармонично сочетающий приемы исторического анализа с историко-правовым и сравнительным. Техническое выполнение его работ, особенно анализ правовых институтов и юридических отношений, отличается филигранностью и стилистическим изяществом.

П. Виноградов был действительным членом русской академии, а с 1903 г. вплоть до самой кончины занимал кафедру сравнительной юриспруденции в Оксфордском университете (после Г. Мэна и Ф. Поллока).

Сравнительно-исторический подход к анализу социальных и политических процессов пронизывает диссертационное исследование П. Виноградова

¹ Ковалевский М. М. Этнография и социология. М., 1904. С. 34.

“Происхождение феодальных отношений в Лангобардской Италии” (1881). Приступив затем к изучению средневекового английского поместья - манора, Виноградов объясняет свой выбор тем, что в маноре, подобно классическому городу-государству античности, сосредоточиваются экономические, социальные и политические учреждения, а его организация и управление являются “социальным ядром средневековой жизни”. Манор, по мнению Виноградова, - это образец феодальной организации, имеющий несомненное сходство с французской *seigneurie* и немецким *Grundherrschaft*. Применение историко-сравнительного подхода к анализу манора Виноградов считал необходимым потому, что “тщательное изучение каждого из этих трех институтов бросает свет на развитие двух других; и одним из лучших способов проверки различных теорий об их происхождении служит перенесение этих теорий из одной сферы в другую, конечно, принимая всякий раз в соображение различия исторической обстановки”¹.

Историко-сравнительный метод был удачно использован Виноградовым при анализе процесса рецепции римского права в средневековой Европе. Правильно различая и подчеркивая важную роль политических, экономических и технико-юридических факторов, содействовавших этому процессу, Виноградов в то же время на конкретных материалах из истории Италии, Франции, Англии и Германии показал сложный, отнюдь не лишенный противоречий процесс рецепции².

Стало классическим в европейской историографии исследование Виноградовым института вилланов в Англии. Здесь есть такие глубокие мысли:

¹ Виноградов П. Г. Средневековое поместье в Англии. СПб., 1911. С. 6.

² См.: Виноградов П. Г. Римское право в средние века. М., 1910. С. 3.

“Юридический ум по своему признанию и характеру всегда занят разложением сложных казусов на их составные элементы и подведением этих элементов под определенные принципы. Он постоянно борется с создающим затруднения разнообразием жизни, и, с точки зрения историка, наибольший интерес представляют те случаи, когда он оказывается побежденным в борьбе. Нет права, которое, при всей тонкости своего анализа и всей широте своих общих определений, не обнаруживало бы на своей логической поверхности рубцов и швов, свидетельствующих об истинном слиянии в нечто единое доктрин, не могущих быть подведенными под какой-нибудь принцип. И вот диалектическое исследование юридических форм, которое обнаруживает в них противоречия и искусственное соединение совершенно различных понятий, серьезно помогает нам проникнуть в процесс исторического наслаивания идей и фактов, наслаивания, неустранимого при всем стремлении юристов к единству и логике”¹.

Взгляды Виноградова на право и методы его изучения были освещены им в книге “Очерки по теории права” (1915 г.) и в первом томе фундаментального труда “Исследования по исторической юриспруденции” (1920 г.). Его концепция стадий развития права базируется на обобщении значительного историко-юридического материала, но сама схема построения этих стадий, как отметил В. А. Туманов, во многом напоминает концепцию “идеальных типов” М. Вебера².

П. Виноградов подчеркивал, что история не может быть противопоставлена теории права. Различая при этом историю права и историческую тео-

¹ *Vinogradoff P. G. Villainage in England. L., 1982. P. 128.*

² См.: *Туманов В. А. Буржуазная правовая идеология. М., 1971. С. 251.*

рию права, он писал: “История права следует хронологическому порядку, порядок исторической теории права - методологический. Характеристика эволюции человечества состоит в том, чтобы выделить идеальные линии развития”. Виноградов выделял шесть “типов конструкции права в истории”. Таким образом, по его мнению, типичная линия исторического развития права сводится к следующему: 1. Истоки права в тотемистическом обществе. 2. Племенное право (Tribal Law). 3. Городское право (Civil Law). 4. Средневековое право как соединение канонического и феодального права (Canon and Feudal Law). 5. Индивидуалистическая юриспруденция (Individualistic Jurisprudence). 6. Начала социалистической юриспруденции (Socialistic Jurisprudence)¹.

Подчеркивая, что речь идет об “идеальных линиях”, Виноградов вместе с тем считал нужным добавить, что этот подход вовсе не означает недооценки географических, этнологических, политических и культурных условий, которые определяют ход событий. Идеи воплощаются в фактах, говорил он, а на факты влияют материальные потребности и силы. Следовательно, для развития принципов права не безразлично, в какой атмосфере это развитие происходит, идет ли речь о примитивном, аграрном или индустриальном обществе.

Сравнительные исследования, согласно воззрениям П. Виноградова, предназначены упорядочивать многочисленные впечатления, получаемые нами в общественной жизни. С помощью таких исследований мы имеем возможность проводить различия между культурными типами, выделять повторяющиеся или устойчивые последствия общественного развития и объяснять, почему их нельзя

¹ *Vinogradoff P. Outlines of historical jurisprudence. L., 1920. Vol. 1. P. 4.*

считать схожими между собой, а надо оценивать, скажем, как аналогичные или относящиеся к разным направлениям развития.

Неоценимую роль в сравнительном изучении права выполняет аналитический (формально-логический) метод, поскольку он привлекает наше внимание к сходству и различиям при решении одних и тех же проблем, но в разных системах права. Однако в том случае, когда эти проблемы решаются в сходных направлениях, необходимо принять во внимание различные обстоятельства, навязываемые данной средой. Здесь уже необходимы размышления иного, синтетического плана, это уже такой род задач и проблем, которые по плечу синтетической юриспруденции (так Виноградов именует научную дисциплину, которая стремится изучать право во всей совокупности его проявлений и взаимосвязей).

Сравнительные исследования в праве оказываются незаменимыми в тех случаях, когда становится бессильным формально-логический анализ. Многим работам из области этнологической юриспруденции, подчеркивал П. Виноградов, не хватает чисто юридического анализа, даже в тех случаях, когда авторы были сами юристами (к числу таких авторов он относил Поста, Колера, Бастиана, а также Ковалевского).

Русскую юридическую науку конца XIX - начала XX в. отличало широкое знание и использование иностранного законодательства и литературы. Во всех значительных исследованиях действительного права, а тем более в работах по теории права сравнительный анализ и обращение к зарубежному опыту достаточно широки и значимы.

Трудно согласиться с мнением А.А. Тилле, который видит причины активного развития сравнительного правоведения в дореволюционной России

в том факте, что на территории страны действовало несколько правовых систем¹. Объектом русской исторической компаративистики выступало прежде всего право развитых зарубежных стран, и основная причина активности сравнительного правоведения в России заключалась в стремлении юристов модернизировать отсталое русское право. Как справедливо заметил Г.Ф. Шершеневич, Россия, вынужденная догонять Западную Европу, должна была ознакомиться со всем тем, что делалось на Западе, в том числе и в правовой области².

4. Сравнительное правоведение в Англии и США

Английский профессор Н. Браун связывает возникновение интереса к сравнительному праву в Англии с двумя основными событиями: с исследованием Ч. Дарвина о происхождении видов и со сравнительными исследованиями в области анатомии, философии и религии; с расширением Британской империи³.

В 1861 г. вышла книга “Древнее право”, и ее автор сэръ Г. Мэн был назначен заведующим кафедрой сравнительной юриспруденции Оксфордского университета. Почти в то же время в США также начались исследования по сравнительному праву и были созданы кафедры римского права в Йельском (1876 г.) и Колумбийском (1880 г.) университетах.

В колониях Британской империи действовало законодательство, сильно отличавшееся от англосаксонского общего права, что послужило толчком для их сравнения в практических целях, пос-

¹ См.: *Тилле А.А.* Социалистическое сравнительное правоведение. М., 1975. С. 50.

² См.: *Шершеневич Г.Ф.* Наука гражданского права в России. Казань, 1893. С. 1.

³ *Brown N.* A century of comparative law in England // *Amer. J. Comp. Law.* 1971. Vol. 19, № 1. P. 102.

кольку британская система “непрямого правления” колониями сохраняла туземное право и позволяла применять местные законы к правовым отношениям, не представлявшим интереса для британцев. Это заставляло британскую колониальную администрацию знакомиться с обычаями и законами завоеванных народов. Позже Тайный Совет - высший судебный орган Британской империи - столкнулся с этой же проблемой в качестве апелляционной инстанции. С этим, в частности, связана публикация в 1839 г. книги Бэрджа “Комментарии к колониальному и иностранному праву”.

Развития сравнительных исследований требовали также коммерческие и иные деловые связи с другими странами, объем которых постоянно возрастал. Это ставило английских юристов перед необходимостью изучать зарубежное торговое право. В 1859 г. вышел в свет труд профессора А. Леви “Международное торговое право”, в котором проводился сравнительный анализ английского торгового права с торговым правом 28 зарубежных стран.

Все эти факторы привели к созданию в 1895 г. Общества сравнительного законодательства и к выпуску “Журнала Общества сравнительного права”. Если Общество ставило своей основной целью систематизацию статутного права, действовавшего в Великобритании и США, то журнал предлагал английским читателям и колониальным властям сведения о юридических событиях во всей империи. Тем не менее развитие сравнительного права шло весьма медленно, и английские авторы полагают, что в современном смысле этого понятия оно стало здесь известно не ранее второй половины XIX в.

В США в первые десятилетия существования американского государства отмечалась большая

неприязнь ко всему английскому, а сравнительное право рассматривалось преимущественно как способ выявления естественного права, т. е. неких всеобщих правовых принципов. Именно такой подход лежал в основе трудов Кента и Стори, хорошо знавших римское и французское право. Вместе с тем практические потребности и прежде всего существование многочисленных штатов со своими правовыми системами вызывали необходимость в сравнительно-правовых исследованиях. Принятие модели английского общего права вело к тому, что приходилось обращаться к английскому опыту. Такое обращение можно назвать внутрисемейным сравнением, а сравнение правовых систем разных штатов - межштатным.

В сравнительном правоведении Англии XIX в. особое место занимает Г. Мэн. Он считал, что «главной функцией сравнительной юриспруденции является развитие законодательства и практическое совершенствование права»¹. Особо следует отметить его историзм, оказавший значительное влияние на последующее развитие теории права вообще и сравнительного правоведения в частности. Для историзма Мэна характерны обратная проекция оценок и стремление генерализовать в историческом плане особенности английского права. Это выразилось, например, в его положении о том, что материальное право вытекает из процессуального.

Сравнительно-исторические исследования права в английской юриспруденции теснейшим образом были связаны с характерными чертами английского общего права (Common Law) как права, исторически выработанного судебной практикой. Историзм есть существенный элемент общей культуры Common Law. Английские юристы всегда

¹ Цит. по: *Gutteridge H.C. Op. cit. P. 4.*

подчеркивали историческую преемственность, свойственную развитию общего права и определяемую ходом общественного развития страны. Историзм в английском правовом мышлении тесно переплетен также с эмпиризмом, “антитеоретичностью”. Для него характерно то, что можно условно назвать “эмпирическим бытием” в отличие от характерного для немецкого правового мышления “долженствования”¹.

Особенность сравнительного правоведения в англосаксонских странах заключалась в том, что оно долгое время не приводило к выработке цельной концепции. В англосаксонском мире теория сравнительного права в целом полностью игнорировалась, все проблемы изучались на чисто эмпирической почве². Так было вплоть до выхода в свет классического труда английского компаративиста Х. Гаттериджа. Позднее, т. е. после первой мировой войны, интерес к сравнительному правоведению в Англии и США еще более возрос.

5. Сравнительное правоведение в первой половине XX века

Как бы подводя итоги предшествующего развития и намечая дальнейшие перспективы сравнительного правоведения в 1900 г. в Париже состоялся I Международный конгресс сравнительного права. Такое событие имело в истории сравнительного права особое значение, во-первых, потому, что именно на нем были поставлены многие фундаментальные проблемы этой отрасли знания, и во-вторых, потому, что конгресс позволил придать

¹ См.: *Кульчар К.* Указ. соч. С. 220-223.

² *Tendencies and functions of comparative law in contemporary societies // Acta jurid.* 1971. Т. 13, № 1/2. P. 202.

дискуссии о сравнительном праве некоторые общие исходные представления о нем.

В конгрессе приняли участие ведущие компаративисты мира. Один из основных организаторов конгресса - Р. Салейль преследовал две цели. Первая - сопоставить с помощью национальных докладов решения ряда юридических проблем в различных правовых системах (таких проблем было выбрано девять). Вторую цель была призвана осуществить особая первая секция конгресса, где рассматривались методологические проблемы сравнительного правоведения. В своем докладе Салейль подчеркнул необходимость четкой дефиниции предмета сравнительного права и применяемых им способов научного анализа. Он подчеркнул, что "по всем этим вопросам не сделано ничего или сделано очень мало". До сих пор, по мнению Салейля, ученые занимались лишь изучением иностранного права либо этнологическим, социологическим и историческим сравнением. Теперь настала пора добавить "сравнение, основанное исключительно на юридической точке зрения, и желаемый результат будет достигнут"¹.

В выступлениях участников I Международного конгресса сравнительного права были сформулированы основные понятия и категории сравнительного правоведения, созданы основные его конструкции, выделены цели, задачи, поставлены вопросы его предмета и метода, проявлена известная оригинальность теоретической мысли.

Конгресс имел большой резонанс в юридическом мире. Он вызвал широкий обмен мнениями о предмете, функциях и целях сравнительного права. Опубликованные материалы конгресса, и особен-

¹ *Saleilles R. Rapport sur l'utilité, le but le programme du Congrès //Procès-Verbaux des seances et documents: Congr. intern. de droit comparé tenu a Paris du 31 juillet au 4 août 1900. P., 1905. T. I. P. 113.*

но первый том, явились источником ценной и обширной информации. Идеи, высказанные на конгрессе, до сих пор либо воспроизводятся в модернизированных сочетаниях в современных концепциях, либо используются как отправные точки для дальнейших научных изысканий и модификаций.

Классический спор: “Что такое сравнительное правоведение?” - стал одним из центральных вопросов конгресса. Конгресс активно поддержал точку зрения, согласно которой сравнительное правоведение является самостоятельной отраслью юридической науки. Этот тезис поддерживался главным образом французской школой сравнительного права, представленной такими именами, как Р. Салейль, Э. Ламбер и А. Леви-Ульман.

В противовес французской школе немецкая и английская доктрины утверждали, что сравнительное правоведение не наука, а лишь метод, применяемый в различной степени ко всем отраслям юридической науки. Единственный представитель англосаксонских стран на конгрессе Ф. Поллок заявил, что “сравнительное право является не наукой, а лишь введением в сравнительный метод в праве”¹.

Два приведенных мнения о природе сравнительного правоведения наглядно отражают, каждое по-своему, ориентацию либо на естественное право, либо на юридический позитивизм. Французский универсализм, основывающийся на естественном праве и стремящийся найти с помощью средств сравнительного права “общее право человечества” либо “всемирное право XX века”, не сумел возобладать над английским и немецким юридическим позитивизмом, которые рассматривали сравнительное право как метод сравнения различных правовых систем и их соответствующих норм.

¹ Procès-Verbaux. P., 1905. T. I. P. 60.

До первой мировой войны сравнительное правоведение, особенно французское, находилось в некоторой степени в состоянии эйфории. Этому способствовали три главных обстоятельства. Во-первых, сохранялась вера в практическую результативность сравнительного права, позволяющего выйти за ограниченные национальные рамки. Во-вторых, активное сотрудничество юристов различных стран способствовало принятию ряда Гаагских конвенций (1902-1905 гг.) в целях унификации норм международного частного права по специальным вопросам: о браке; о разводе и судебном разлучении супругов; об опеке над несовершеннолетними; о попечительстве над совершеннолетними; о личных и имущественных отношениях между супругами; о международном гражданском процессе. Эти конвенции объединили более 10 государств Европы. Таким образом, до первой мировой войны был создан "климат Гааги", т.е. климат выработки согласованной юридической политики. Именно поэтому французские компаративисты считали, что "общее законодательное право" должно быть лучшим примером такого климата, поскольку оно возникает в результате разумного сотрудничества между юристами различных правовых систем. В-третьих, принятие и введение в действие основных кодификационных актов гражданского права Германии (Германское гражданское уложение 1896 г., Торговый кодекс 1897 г.), Швейцарии (швейцарский Гражданский кодекс 1907 г., Швейцарский обязательственный закон 1911 г.) создавали благоприятную почву для проведения сравнительно-правовых исследований в рамках романо-германской правовой системы (семьи)¹.

¹ В этот период и в Германии был создан ряд институтов, специально занимающихся проблемами сравнительного правоведения и изучением зарубежного права. Среди них особо следует отметить организованный Э. Рабелем в 1916 г. Институт сравнительного права при университете в Мюнхене.

Видный представитель французской школы Э. Ламбер полагал, что, выполняя ряд практических функций, сравнительное право в то же время призвано способствовать выработке “всеобщего законодательного права”.

По мнению Э. Ламбера, сравнение законодательств и юридических институтов должно было показать, что, несмотря на различные формулировки, некоторые нормы позитивного права повторяются в различных системах, следовательно, они составляют правила “общего законодательного права”¹. Отсюда вытекает и основная функция сравнительного права, которая заключается в том, чтобы выделить эти общие правила из разнообразной юридической действительности.

Такова была основная позиция французского сравнительного права до первой мировой войны. Эта концепция имела определенные последствия:

во-первых, конечно, это “общее законодательное право” могло существовать лишь между странами с одинаковым политическим, социальным, экономическим и духовным развитием: именно в этом смысле пришлось ограничиться “правом цивилизованных стран”;

во-вторых, по той же причине компаративист всегда должен был сравнивать лишь то, что поддается сравнению;

в-третьих, это “общее право”, за некоторыми исключениями, не вытекало из формального сходства норм права. Следовательно, не могло быть и речи о том, чтобы выискивать, как это делали в XIX в., “совпадения” между, например, Кодексом Наполеона и тем или иным иностранным кодексом. Эта школа требовала подняться над разнообразием норм права, чтобы найти “основную единицу права”.

¹ *Lamber E. La fonction du droit civil comparé. P., 1903. P. 103.*

Таким образом, во Франции вслед за доктриной “сравнительного законодательства” XIX в. идет концепция “сравнительного права”, которая не ограничивается более простым сопоставлением текстов законов, а учитывает также юридическую практику (коммерческую, административную или нотариальную), теоретические воззрения различных авторов и историческое формирование и эволюцию всех рассматриваемых правовых систем.

В результате французская компаративистская школа подошла к новому понятию правовой системы, отличной от системы законодательства определенной страны. Это дало толчок дальнейшему развитию сравнительного права.

Сравнительное право рассматривалось также как важный элемент юридического образования, как способ “омолодить и оживить изучение французского гражданского права”¹. В соответствии с этой установкой в программу преподавания был включен факультативный курс “Сравнительное гражданское право”. Первый профессор, который читал этот курс в 1905-1914 гг., Р. Салейль, сконцентрировал свое внимание на сравнении французского и германского Гражданских кодексов. Один из его преемников, А. Леви-Ульман, стал известен благодаря написанному им историческому введению в английское право.

Кафедры сравнительного права имелись в двенадцати французских университетах. Однако само сравнение не было целью читавшегося курса: оно выступало лишь как средство более углубленного изучения французского права.

В Швейцарии активным пропагандистом сравнительного права был Э. Рогэн - автор многотомного, оставшегося незаконченным (опубликовано

¹ Ibid. P. 46.

семь томов) труда "Курс сравнительного гражданского права"¹. Метод исследования этого ученого был весьма оригинальным. Швейцарские авторы считают Рогэна первым, кто видел в сравнительном праве самостоятельную дисциплину. Однако его труды не получили признания за рубежом. Рабель критиковал его за неточности и поверхностные обобщения. Другой швейцарский ученый, заслуживающий упоминания, - Г. Созэр-Халь, автор небольшой, но хорошо систематизированной монографии "Функции и метод сравнительного права"².

В Италии развитие сравнительного права связано с именами Гальгано, Мараи, Мессинео, Ротонди, Фонтана и чуть позднее - Аскарелли, одного из самых известных компаративистов того времени³.

Развитие сравнительного правоведения в период между двумя мировыми войнами характеризуется рядом своеобразных тенденций.

Одна из них - особая популярность идеи выработки "мирового права" как особой задачи компаративистики. Речь шла уже не только о том, чтобы обнаружить единство права, скрытого под национальными формами, но и о том, чтобы практически выработать единое право, которое было бы залогом мирового сотрудничества.

Усилия сторонников создания "мирового права XX века" поддерживались и крупными международными организациями, в частности Международным институтом по унификации частного права, созданным в 1928 г. в Риме Лигой наций. В 1924 г. в Гааге была учреждена Международная академия сравнительного права, объединившая

¹ Roguin E. *Traité de droit civil comparé* P.: Lausanne, 1904-1914.

² Sauser-Hall G. *La fonction et de la méthode du droit comparé*. Geneve, 1913.

³ Ascarelli T. *Studi di diritto comparato in tema di interpretazione*. Milano, 1952.

крупных компаративистов мира. Ее конгрессы, проводимые один раз в четыре года (до второй мировой войны было проведено два конгресса), занимают особое место в системе международного научного сотрудничества ученых-юристов мира. В 1924 г. была основана также Международная ассоциация уголовного права, ставившая своей целью объединить всех специалистов мира по уголовному праву для общего согласования в движении за кодификацию уголовного законодательства. Следует упомянуть и франко-итальянский проект "Обязательственного права" 1929 г., который был результатом сотрудничества ведущих юристов двух стран, стремившихся сблизить эти две правовые системы.

Институты сравнительного права были созданы в Париже и Лионе, в них читались курсы лекций по актуальным проблемам сравнительного правоведения. Серийные издания ("коллекции") этих институтов заслуживают самой высокой оценки: 42 тома основной серии Лионского института и 67 томов Парижского во многом способствовали повышению интереса к сравнительному праву не только во Франции, но и за границей. Тем более что почти треть авторов серий составляли зарубежные ученые. Многие видные современные компаративисты начинали свою деятельность в этих изданиях.

В Германии в отличие от Франции сравнительное право ни в одном из университетов не преподавалось даже в качестве факультативной или вспомогательной дисциплины. В целом сравнительное право оставалось достоянием относительно ограниченного круга ученых. Поэтому П. Кошакер мог с полным основанием констатировать: "Едва ли найдется другая культурная страна, где сравнительное правоведение играло бы столь мизерную роль в науке и преподавании, как в Герма-

нии. Соответственно и знание иностранного права юристами нигде не является столь ограниченным, как в этой стране”¹.

Проблемы сравнительного права затрагивались в немецкой юридической литературе преимущественно в аспекте философии права, связывались с понятием “правильное право”.

Известный немецкий философ права Г. Радбрух в своей статье “О методе сравнения в праве” утверждал, что, хотя сравнение нуждается в “идеальном типе” как критерии сопоставляемых явлений, сам этот “идеальный тип” не может быть получен путем сравнения, потому что то, что должно быть, никогда не может быть выведено из того, что есть. Следовательно, сравнительное право бесполезно, когда речь идет о том, каким должно быть “правильное право”. В то же время оно способно подсказать решения, необходимые для законодательной политики².

Позицию Г. Радбруха критиковал Ф. Лист, не соглашаясь с неокантианским противопоставлением сущего и должного. Лист полагал, что достижение или недостижение цели, стоящей перед отраслью права, кодексом, институтом, нормой, и есть мера “правильного права”. Для создания такого права нужно исходить из бытия, но взятого в процессе его исторической эволюции. При этом критерии “правильного права” могут быть найдены лишь во всеобщей истории права и только путем сравнения. Лишь с их помощью может быть найден ответ на вопрос, как должен выглядеть в данных конкретно-исторических условиях тот или

¹ *Koschaker P.* L'Histoire du droit compare //Recueil Lambert. P., 1938. T. 1. P. 147.

² *Radbruch G.* Ueber die Methode der Rechtsvergleichung //Monatschrift fur Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform. B., 1906 S. 2.

иной правовой институт. А к философии права обращаться для этого как раз и не следует¹.

Концепцию Ф. Листа подверг критике Дж. Биндер. Он обвинял Листа в механическом понимании эволюционного процесса, сведении должного как духовного явления к долженствованию в смысле действия естественных закономерностей. По Биндеру, является предрассудком вера в то, что развитие всегда идет по восходящей и что последнее решение всегда самое правильное. Никак не доказано, что тенденции, лежащие в основе эволюции, обязательно должны привести к “правильному праву”. Значение сравнительного метода представляется Биндеру куда более скромным, чем Листу. Этот метод служит сопоставлению права различных народов, с тем чтобы выявить, как правовые институты реализуют стоящие перед ними эмпирические цели. Сравнение правовых систем подтверждает, что каждый народ индивидуален, стало быть, следует отказаться от слепых заимствований из других систем².

Самой значительной фигурой в немецком сравнительном правоведении первой половины XX в. был Э. Рабель. Его называют “основоположником современного сравнительного права в Германии”³. Он доказал, что правовой опыт других стран может быть полезен для развития немецкого права. Его научные труды отличаются лаконичностью, четкостью формулировок. Э. Рабель был хорошим организатором науки, о чем свидетельствуют его деятельность по созданию институтов сравнительного права, подготовке крупных коллективных ра-

¹ *List F. Rechtsvergleichung und richtiges Recht // Juristische Blätter. 1906. S. 124.*

² *Binder J. Philosophie des Rechts. B., 1925. S. 954.*

³ *Rheinstein M. Einführung in die Rechtsvergleichung. S. 59; Festschrift für Ernst Rabel: Rechtsvergleichung und internationales Privatrecht. Tübingen, 1954. Bd. 1.*

бот, а также преподавание юридических дисциплин в университетах мира.

Э. Рабель делил сравнительное правоведение на “этнологическую юриспруденцию”, “историческое сравнение” и “систематическо-догматическое сравнительное право”. Последнее он понимал как сравнение норм “цивилизованных систем права”, изучаемых не в отдельности, а как часть систем, к которым они принадлежат¹. Рабель был не чужд и социологическим идеям, в частности пониманию права как средства социального контроля и организации.

Однако все это не изменило существенно образом ситуацию в стране: обращение к сравнительному праву не выходило за утилитарно-прагматические рамки, и, в сущности, речь шла о развитии информации об иностранном праве. Положение стало еще хуже после 1933 г. Наиболее видные ученые-компаративисты с приходом нацизма к власти покинули страну.

В Италии получила известность написанная в историко-правовом ключе книга Э. Карузи. Исходный пункт концепции Карузи - право средиземноморских государств античности. Сравнительное право должно начинаться с изучения античных средиземноморских правовых систем, а затем последовательно расширять свой предмет во времени и пространстве. Чем больший круг стран и народов будет охвачен сравнением, тем более обобщающими будут и выводы науки сравнительного права. Сравнительное право должно стать наукой об истории права, которая в свою очередь сливается с юридической наукой в целом.

Цель сравнительного права как самостоятельной теоретической науки (не лишенной, впрочем,

¹ *Rabel E. Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung. B., 1925. S. 18.*

прикладных аспектов) состоит в обнаружении закономерностей эволюции права, существенных и постоянных связей, которые можно выявить, и разнообразия структур и функций правовых институтов. Из сравнительного права “как чистой и теоретической науки” Э. Карузи исключил два вида исследований: эмпирические сравнения типа тех, которые практиковал один из этнографов права Пост на этнографическом материале и философию права. Первые потому что они поставляют лишь сырой материал; вторую потому, что она довольствуется умозрительными, спекулятивными абстракциями.

Вместе с тем Э. Карузи явно смешивал сравнительное право со сравнительной историей права, а последнюю неправомерно отождествлял с правоведением в целом. У него не нашлось достаточных аргументов в подтверждение того, что сравнительное право - это самостоятельная наука.

В межвоенный период возникло несколько институтов, деятельность которых была связана со сравнительным правом. В 1926 г. был создан Институт законодательных исследований во главе с Гальгано и Бонфанте, издававший “Ежегодник сравнительного права и законодательных исследований” (“*Annuario die diritto comparato e di studi legislativi*”). Во многих университетах появились кафедры сравнительного права, а курс сравнительного публичного права стал обязательным. Это обстоятельство следует отметить особо, ибо традиционно сравнительное право было связано с частным правом.

Из научных учреждений, занимавшихся в Великобритании сравнительным правом, можно выделить Кембриджский институт, который своими успехами обязан руководству Гаттериджа. В США институты сравнительного права были созданы в

этот период при Гарвардском, Йельском, Колумбийском, Тулэнском и Чикагском университетах. В юридических журналах этих университетов стали появляться статьи, посвященные иностранному и сравнительному праву. Однако уровень исследований был весьма низким, они носили чаще всего, эмпирический характер. Можно выделить лишь работы Дж. Вигмора, его попытку дать всеобщую панораму различных правовых систем мира¹. Разработка проблем сравнительного права улучшилась в США лишь после того, как в стране появились видные ученые, эмигрировавшие до и во время второй мировой войны из Европы.

Развитие юридической компаративистики в Японии в значительной мере было связано с именем Н. Сугиямы, игравшего в то время ведущую роль в создании подлинного японского сравнительного правоведения². На его взгляды оказала большое влияние концепция Р. Салейля. Говоря о тесной и неразрывной связи между изучением иностранного права и сравнительным правоведением и указывая на необходимость изучения иностранного права, Сугияма в то же время подчеркивал различие между этими сферами научной деятельности. Благодаря его усилиям японская юридическая наука отошла от слепого подражания иностранному праву и вступила на путь самостоятельного развития. Несмотря на это, ему ни в одном университете не удалось создать кафедру сравнительного правоведения или специализированный институт. Изучение сравнительного и иностранного права ограничивалось английским, французским и немецким правом. Накануне вто-

¹ *Wigmore J. H. A panorama of the world's legal systems. Saint Paul, 1928. Vol. 3.*

² См. цит. по: *Нода И. Сравнительное правоведение в Японии: прошлое и настоящее //Очерки сравнительного права. С. 238.*

рой мировой войны “исчезает политический и интеллектуальный климат, необходимый для изучения иностранного права и сравнительных исследований”¹.

Если в 1900 г. в континентальной Европе сравнительное право сводилось в основном к сопоставлению французского и германского права, а точнее, Кодекса Наполеона и Германского гражданского уложения, то начиная с 1920 г. компаративисты континентальной Европы открывают для себя существование английского общего права (Common Law). При этом они обнаруживают особый правовой мир, в котором методы, концепции, подходы и решения конкретных правовых проблем радикально отличаются от романо-германской правовой системы: мир, в котором даже нет разделения права на публичное и частное; а наоборот, есть деление на общее право (Common Law) и право справедливости (Equity Law); мир, где имеется масса юридических терминов, непереводаемых непосредственно на романские языки, таких, как *consideration*, *trust*, *specific performance*, *estoppel*, *trespass*.

После событий 1917 г. западные юристы долгое время были неспособны осознать самый факт сосуществования двух противоположных социальных и правовых систем. Правда, из этого общего правила были некоторые исключения. Так, Фрейнд в Германии, Э. Ламбер во Франции обратились к изучению советского права. Были переведены советские кодексы, изданы комментарии и обзоры советского законодательства. Э. Ламбер высоко оценил ГК РСФСР 1922 г.² Однако такие голоса звучали редко, и западная правовая наука в целом, по словам М. Анселя, рассматривала советское

¹ Там же. С. 240.

² См.: Кельман Е. И. Советское право за рубежом. М., 1927. С. 69-93.

право как “преходящую диковину” (*curiosite passegere*), недостойную серьезного исследования¹.

Политические, финансовые и социальные трудности европейских государств, великий экономический кризис и особенно возникновение авторитарных фашистских режимов препятствовали климату международного сотрудничества. Тоталитарные режимы, среди которых наиболее характерными примерами являются немецкий и итальянский фашизм, руководствуются отсталой националистической идеологией.

Годы, предшествовавшие второй мировой войне, были, как никогда, неблагоприятными для сравнительного правоведения. “Катаклизм 1939-1945 гг. ознаменовал затмение сравнительного права”, - писал французский компаративист М. Ансель².

Полувековое развитие сравнительного правоведения вызвало обильную литературу о его предмете, функциях, возможностях и т. д. Все это нашло суммарное отражение в сборнике статей, посвященных Э. Ламберу³. В сборнике в качестве авторов выступали все известнейшие компаративисты того времени со своими разнообразными доктринальными конструкциями. Один из авторов сборника Н. Сугияма в статье “Опыт синтетической концепции сравнительного права” разбил все школы на три направления.

Цель первого направления - установление сущности права, законов или ритмов его развития. В этом направлении Н. Сугияма выделял четыре школы.

¹ *Ansel M.* La fonction du droit compare dans la société contemporaine // *Acta jurid.* 1971. Т. 13. N 1/2. P. 191.

² *Ansel M.* Utilité et methodes du droit compare. Neuchâtel, 1971. P. 25.

³ Introduction a l'étude du droit compare: Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert. P., 1938. Т. 1-3.

1. Школа этнологической юриспруденции. Подобно сравнительному языкознанию, исследователи этой школы устанавливали историческую общность и связь в развитии права разных народов.

2. Школа группового сравнения, близкая первой.

3. Школа сравнительной философии права. Представители этой школы считали, что установление закономерности развития права и его общих принципов по материалам одной страны если и возможно, то малопродуктивно и малодостоверно.

4. Школа, устанавливающая принципы общего права цивилизованных наций.

Цель второго направления, включающего шесть школ, - исследование позитивного права. Первой среди них Н. Сугияма называл школу изучения иностранного права. Он считал, что изучение иностранного права - подготовительная ступень к сравнительному праву. К этому направлению он отнес также школы сравнительной истории права, истории политических учений и др.

Третье направление как бы синтезирует первые два. Его цель - совершенствование позитивного права на основе сравнительного правоведения. "Синтетическое" направление Н. Сугияма делил на две школы. Одна из них считала необходимым использовать сравнительное изучение права других стран для совершенствования национального права (школа национальной науки сравнительного права) и имела две ветви - абсолютно национальную (Нибуайе) и относительно национальную (Салейль). Другая школа (универсальной науки сравнительного права) тоже подразделялась на две ветви - абсолютно универсальную (де ла Грассери Консентини) и относительно универсальную (Э. Рабель, Р. Паунд, Х. Гаттеридж, Сугияма)¹.

¹ Ibid. Т. Р. 51-56.

Разумеется, классификация Н. Сугиямы весьма относительна и во многом спорна. Более того, он сам же одновременно одних и тех же ученых причислял к разным школам и направлениям. Но несомненно одно: классификация Н. Сугиямы показывает значительное разнообразие теорий и мнений, а также общую тенденцию буржуазного сравнительного правоведения первой половины XX в.

Об общей направленности сравнительного правоведения того времени известный французский компаративист М. Ансель писал: "Для людей XX века, стремящихся к социальному прогрессу и освобожденных от парализующей заботы о поддержании догматического юридического мышления, должно быть построено новое общество, создающее и обновленный правопорядок. Наше положение в некоторых отношениях напоминает положение людей XVI века, выходящих из мрака средневековья на ослепительный свет Возрождения, или людей XVIII века, проникнутых пламенным духом реформы, вдохновляющим век Просвещения. Первым помог универсализм римского права, вторые искали выход в естественном праве - в нем они пытались найти секрет необходимых нововведений. Современные юристы могут опереться на сравнительное право, о котором один из наиболее крупных компаративистов начала века - Эдуард Ламбер неоднократно говорил, что "для современных людей оно играет такую же роль, какую некогда играло римское право"¹.

Вместе с тем необходимо отметить, что в середине XX в. уже не было эйфории, отличавшей отношение ученых-юристов и практиков к сравнительному правоведению в начале столетия. Утрачивалась вера в возможность создания общего пра-

¹ *Ansel M. La defence social nouvelle: Un mouvement de politique criminelle humaniste. 3e ed. P., 1981. P. 132.*

ва, ушли в прошлое попытки дать всеобъемлющую “сравнительную историю права”. Но постоянной оставалась тенденция выйти за пределы национального партикуляризма, чтобы способствовать последовательному сближению национальных правовых систем, в особенности частного права.

6. Сравнительное правоведение во второй половине XX века

Новый этап в развитии сравнительного правоведения наступил после второй мировой войны. Образование систем социалистического права и правовых систем развивающихся стран потребовало пересмотра устоявшихся концепций юридической компаративистики. Во второй половине XX в. наука сравнительного правоведения уже не могла опираться исключительно на правовые системы западных стран, она оперировала правовым материалом как однотипных, так и разнотипных правовых систем. Юридическая компаративистика в известной степени перешагнула границы западноцентризма, повернулась к “юридической периферии”.

Послевоенная активизация сравнительно-правовых исследований выразилась в том, что существенно возросло число монографий, учебников по сравнительному праву, сборников национальных докладов к конгрессам, сборников статей, ежегодников и т.д. Возросло также число периодических изданий. Назовем французский журнал “Revue internationale de droit comparé”, немецкий “Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht”, американский “The American Journal of Comparative Law”, английский “The International and Comparative Law Quarterly”, бельгийский “Revue de droit international et de droit comparé”, мексиканский “Boletín mexicano de derecho comparado” и т. д.

Из монографий наибольшее распространение во Франции получили книги Р. Давида и М. Ансе-ля (Франция), Р. Шлезингера, Дж. Мерримэна (США)¹, К. Цвайгерта и Х. Котца (ФРГ)², Р. Сакко, П. Бискаретти ди Руффиа (Италия)³ и др.

Весьма богатую пищу для размышления содержат материалы национальных сборников, подготавливаемые и издаваемые к конгрессам Международной академии сравнительного права, которые проводятся раз в четыре года. Они охватывают проблематику почти всех отраслей современной юриспруденции. В пятнадцати проведенных конгрессах МАСП компаративистами мира было представлено более 600 генеральных докладов и содокладов и подготовлено около 100 сборников национальных докладов.

Сравнительное правоведение второй половины XX в., разумеется, характеризуется не только количественным ростом. В нем происходили существенные изменения, не говоря уже о расширении сферы сравнительно-правовых исследований, обращении к изучению правовых систем социалистических и развивающихся стран.

На смену узким концепциям сравнительного права, ограничивавшимся параллельным сопоставлением различных правовых систем, пришло более широкое понимание, одновременно благородное и претенциозное, - сравнительное право, направленное на взаимопонимание народов и их международное сотрудничество.

¹ *Mehren A.T., Gordley J.R.* The civil law system: An introduction to the comparative study of law. 2e ed. Boston, 1977. XXII, 1243 p.; *Merryman J.N., Clark D.C.* Comparative Law: Western and Latin American legal systems: Cases and materials. Indianapolis, 1978. XIVII, 1278 p.

² *Zweigert K., Kötz H.* An introduction to comparative law. Amsterdam etc., 1977. Vol. 1 XVIII, 386 p.

³ *Sacco R.* Introduzione al diritto comparato. 2e ed. Torino, 1980. 214 p.; *Biscaretti di Ruffia P.* Introduzione al diritto costituzionale comparato. 4e ed. Milan, 1980. XV, 627 p.

Во второй половине XX в. в центре внимания юристов-компаративистов мира находилась три комплекса проблем. **Первый** - общетеоретические вопросы сравнительного права: предмет, цели, функции, основные аспекты и т.д. **Второй** - сравнительное исследование основных правовых систем современности. **Третий** комплекс проблем связан со сравнительно-правовыми исследованиями в рамках отраслевых юридических наук. Этим комплексам проблем соответствуют три вида исследований: работы общетеоретического характера¹, работы, изучающие основные правовые системы современности², наконец, работы, посвященные отраслевому сравнительному правоведению.

Если ранее сравнительное право развивалось преимущественно в сфере гражданского права (такой путь закономерен, поскольку именно здесь сравнительно-правовые исследования больше всего связаны с практическими потребностями), то ныне юристов-компаративистов интересует и публичное право. Конституционное право стало равноправным объектом сравнительного права³. Такое расширение целей и задач современной юридической

¹ Отнюдь не претендуя на исчерпывающую библиографию проблемы, назовем, в частности, лишь следующие: *Constantinesco L.-J.* Traité de droit comparé. P., 1972. T. 1. VIII. 243 p.; 1974. 412 p.; 1983. 512 p.; *Urošić A.E.* Symbiosis between comparative law and theory of law: Limitations of legal methodology. Rotterdam, 1982. 25 p.; *Rheinstein M.* Einführung in die Rechtsvergleichung. München, 1974. XVI, 236 S.; *Rodière R.* Introduction au droit comparé. P., 1979. 161 p.; *Rotondi M.* Inchiesto di diritto comparato: Scopi e metodi del diritto comparato. Milano, 1973. Vol 2. 762 p.; *Schwarz-Lieherrmann von Wahlendorf H.A.* Droit comparé: Théorie générale et principes. P., 1978. 260 p.

² *David R.* English law and French law: A comparison in substance. L., 1980. XVI, 224 p.; *Liebesny H.J.* Foreign legal systems: A comparative analysis. 4th ed. Wash. (D. C.) 1981. XI, 413 p.; *Losano M.G.* I grandi sistemi giuridici: Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei. Torino, 1978. XXIII, 361 p.

³ *Cappelletti M., Cohen W.* Comparative constitutional law: Cases and materials. Indianapolis, 1979. XXVI, 628 p.; *Ferreira F., Mancel G.* Direito constitucional comparado. San Paolo, 1974. Vol. 1. 198 p.; *Murphy W.F., Tunenhaus J.* Comparative constitutional law: Cases and commentaries. N. Y., 1977. 754 p.; *De Vergottini G.* Diritto costituzionale comparato. Padova, 1981. 643 p.; *Biscaretti di Ruffia P.* Op. cit.; *Vedel G.* Les apports du droit compare au droit constitutionnel français (1945-1965) // *Peages de doctrine*. P., 1980. T. 2. P. 443-458.

компаративистики, естественно, отражается и в известной модернизации ее теоретического арсенала.

Особенность развития послевоенного сравнительного правоведения состоит в сосуществовании более старых, традиционных идей с более новыми теоретическими конструкциями. Наряду с традиционным нормативным (юридико-догматическим) направлением появляется юридико-социологическое направление. Если первое направление связано с так называемым сравнительным законодательством - сравнением законодательных источников по конкретным проблемам преимущественно на уровне отраслей права и правовых институтов, т. е. с позитивистским подходом, то второе - с широкой областью социально-правовых исследований, т.е. в основном с функциональным сравнением. Вместе с тем значительная часть работ юристов-компаративистов мира выдержана в духе "сравнительного законодательства" и относится к внутритиповому, или внутрисемейному, сравнению, т. е. к сравнению в рамках англосаксонской и романо-германской правовых семей. Значительно беднее ситуация в сфере функционального сравнения в социологических сравнительно-правовых исследованиях. Характерной чертой современной юридической компаративистики является разрыв между чисто нормативным направлением и исследованием юридико-социологических проблем сравнительного права.

В целом современное сравнительное правоведение представляет собой достаточно сложное переплетение юридико-догматических и социологических подходов.

В 80-90-е годы в науке сравнительного правоведения наблюдался своеобразный кризис, связанный с разрывом поколений. Научная карьера юристов-компаративистов старшего поколения приближалась к концу, а молодые компаративисты себя еще

ни в чем не проявили. В работах молодого поколения отсутствовали какие-либо принципиально новые идеи и концепции. Оказалось и несколько размытым само понятие сравнительного правоведения. В некоторых журналах, имеющих опорное значение для данного направления, наряду со статьями сравнительно-правового плана можно встретить и работы, никак не связанные с задачами компаративистики в ее точном понимании.

Послевоенная активизация сравнительного правоведения в значительной мере связана с появлением "критической теории компаративизма", которая ставила перед собой задачу положить конец многолетней дискуссии о том, что же такое сравнительное право. Критическая теория сравнительного права представлена работами Х. Гаттериджа, Р. Гревсона и Хэмсона в Англии, Р. Давида во Франции, Т. Аскарелли в Италии.

Сторонники критической теории констатировали, что попытка выработать приемлемую для всех формулу сравнительного права окончилась неудачей и длительные методологические споры о сущности и функциях сравнительного права и его соотношении с другими науками лишь основательно запутали реальную ситуацию¹. Основная причина такого положения, по мнению американского компаративиста М. Рейнштейна, состоит в отсутствии ясности в понимании предмета и задачи сравнительного права². А другой американский компаративист - Дж. Мерримен выход из сложившейся ситуации видит в создании "новой концепции сравнительного права"³.

¹ См.: Ансель М. Методологические проблемы сравнительного права // Очерки сравнительного права. М., 1981. С. 39.

² См.: Рейнштейн М. Предмет и задачи сравнительного правоведения // Очерки сравнительного права. С. 87.

³ Merryman J. H. Modernización de la ciencia jurídica comparada // Bol. mexicano derecho comparado. Vol. 16, № 46.

Представители критической теории рассматривали сравнительное правоведение исключительно как метод, применяемый во всех отраслях юридической науки¹. Вместе с тем они выдвигали такое множество действительно необходимых для успешного применения сравнительного метода предварительных условий, что это потребовало как специализации исследователя, так и специфической направленности самого исследования. Более того, Р. Давид справедливо подчеркивает самостоятельность и независимость основных правовых систем современности, к изучению которых следует подходить под их собственным углом зрения². Это в принципе правильная постановка вопроса, но можно ли ее реализовать путем использования одного частного метода? Скорее это задача целой науки, как справедливо считают сторонники другой позиции: М. Ансель, Л.-Ж. Константинеско, М. Рейнстайн, Д. Мерримен, Дж. Холл, Р. Родьер, К. Цвайгерт. Сравнительное право, по мнению американского компаративиста Дж. Холла, от простого указания на норму иностранного кодекса или иностранное судебное решение до развернутых синтезированных конструкций; он убежден, что сравнительное право является общественной наукой в истинном смысле этого слова³.

Весьма симптоматична характеристика сравнительного правоведения 60-х годов, данная пуэрториканским юристом Я. Майдой, который, на наш взгляд, выявил и четко определил реальный парадокс юридической компаративистики. Он считает, что среди негативных аспектов сравнительного

¹ Эта точка зрения наиболее полно изложена Х. Гаттериджем в его основном труде, имеющем знаменательный подзаголовок: "Введение к сравнительному методу правового изучения и исследования". См.: *Gutteridge H. C. Op. cit. Chap. I.*

² *David R. Traité élémentaire de droit civil comparé. P., 1950. P. 215.*

³ *Hall J. Comparative law and social theory. Baton Rouge, 1963.*

правоведения наиболее важны следующие: 1) широкое использование неточных и просто ложных концепций; 2) вера в философские доктрины, которые бесполезны для практических целей на эмпирико-научном уровне; 3) увлечение исследованиями, не являющимися компаративистскими в собственном плане; 4) в связи с отсутствием эмпирико-научной методологии наличие (за некоторыми исключениями) сравнительного права описательной позиции, чрезмерно догматической и преимущественно исторической ориентацией¹. Эта характеристика во многом справедлива. По признанию некоторых ученых-юристов, рассматриваемая область правоведения превратилась в “исчерпанную научную традицию”², истощилась в бесконечных “микросравнениях”.

Особо показательно в этом отношении состояние сравнительного правоведения в англосаксонских странах, где компаративисты не проявляют большого интереса к теории сравнительного правоведения. Иногда отказ от обсуждения проблем методологии возводится в принцип.

Однако определенная методологическая бедность теории юридической компаративистики не исключает определенной модернизации методологического арсенала сравнительного правоведения. Это проявляется в постепенном отказе от полного противопоставления “нормативного” сравнения и “функционального”, сопровождаемом усилением внимания к социологическим аспектам сравнительно-правовых исследований.

В начале 70-х годов вопрос о применении конкретно-социологических методов в сравнительном

¹ *Mayda J.* Some critical reflections on contemporary comparative law // *Rev. jurid. Univ. Puerto Rico.* 1970. № 39. P. 443.

² *Merryman J.* Comparative law and social change: On the origins, style, decline and revival of the law and development // *Amer. J. Comp. Law.* 1977. Vol. 25, № 3. P. 482.

праве привлек большое внимание компаративистов мира. Отмечалась необходимость внедрения методов и данных социологии права в сравнительно-правовые исследования. Однако и в этом вопросе можно встретиться с большим разнообразием мнений. Так, одни авторы настаивают на сближении сравнительного права с социологией права, связывая с ним успешное развитие этой науки (М. Рейнстайн, У. Дробниг, Д. Мартини). Социологическая ориентация сравнительного права позволит, по их мнению, выйти за рамки чисто “догматического сравнительного законодательства” и вовлечь в сферу сравнительных исследований наряду с нормами и другие аспекты права (правоприменения). Другие авторы, наоборот, скептически относятся к юридико-социологической ориентации сравнительного права (М. Ансель, Р. Давид).

Таким образом, сравнительное правоведение к последней четверти XX в. стало широкой, разветвленной, далеко не единой областью правовых исследований, ведущихся в самых разных частях нашей планеты. Современное сравнительное правоведение - одно из значительных и наиболее сложных явлений правовой мысли мира.

7. Развитие сравнительного правоведения в бывшем СССР

В развитии сравнительного правоведения в бывшем СССР можно выделить два этапа. Первый этап начинается с 20-х годов, когда сравнительно-правовой метод использовался прежде всего для показа особенностей нового советского социалистического права как высшего и последнего типа права, отличного от буржуазного права не только по содержанию, но и по форме. Советская правовая система создавалась на теоретической основе

марксистско-ленинского учения, при этом не раз отмечалась важная роль сравнительного метода в изучении общественных явлений, в частности в исследовании вопросов государства и права¹. И если в юридической науке того периода специально не разрабатывались проблемы «теории сравнительно-правового метода», сам сравнительно-правовой метод занимал видное место в литературе и в преподавании юридических наук.

Совершенно очевидно, подчеркивал в 1927 г. Ф.Н.Вольфсон, что только через сопоставление с теми явлениями, которые характеризуют право современных буржуазных государств, возможно постижение до конца классового характера советского права, осознание тех достижений, которые имеются у нас в этой области. Это обстоятельство обусловило включение в планы занятий на правовых факультетах ряда высших учебных заведений нового предмета - сравнительного правоведения. Там, где эта дисциплина не была включена в учебные программы, она прорабатывалась в специальных кружках, составляла тему факультативных курсов².

Не только соображения научного характера и стремление к сравнительно-правовому изучению всех действующих систем права, но и явственные требования международного хозяйственного оборота, все более и более развивающегося, делали настоятельно необходимым ознакомление с правом всех современных, в том числе и вновь обра-

¹ Подробнее см.: *Файзиев М.М.* Использование классиками марксизма-ленинизма сравнительного метода при исследовании государственно-правовых явлений. С. 120-123.

² В резолюции I Всеукраинского совещания по правовому образованию отмечалось, что «системы права буржуазных государств привлекаются лишь постольку, поскольку это диктуется необходимостью при сравнительно-правовом изучении действующего советского права» (*Кельман Е.И.* О системе юридического образования: С приложением резолюции I Всеукраинского совещания по правовому образованию. Киев, 1925. С. 68, 71).

зовавшихся, государств¹. Уже в первые годы становления советской правовой науки имелись исследования, ставившие во главу угла именно цели сравнения с западными правовыми системами. Издавались переводы наиболее значительные с научной точки зрения работы зарубежных ученых. Свидетельством внимания, которое уделялось бывшими советскими юристами сравнительному изучению буржуазного и отечественного права, может служить уже сам перечень работ по данной проблеме².

В работах таких известных цивилистов, как П.И.Стучка, М.М.Агарков, Е.А.Флейшиц, Л.А.Лунц и др., содержались сравнительно-правовой анализ гражданского законодательства стран Запада, России, и бывшего СССР критика цивилистических доктрин западных ученых. В качестве примера можно назвать также работу А.Г.Гойхбарта «Сравнительное семейное право», которая целиком построена на применении сравнительно-правового метода исследования. Поставив перед собой задачу «изложить и критически осветить состояние семейного права по возможности во всех странах Европы и Америки», автор расположил материал не по отдельным странам, а по соответствующим разделам семейного права. В заключительной части работы было дано изложение советского семейного права в сравне-

¹ См.: *Кельман Е.И.* Восточноевропейское право //Сов.право. 1926. № 3. С. 136.

² Ни в коей мере не претендуя на полноту, укажем лишь на наиболее значительные работы: *Кейлин А.Д.* Транспортное право СССР и капиталистических стран. М., 1938. (Договор перевозок; Вып. 1); *Дьяло В.К.* Судебная охрана конституций в буржуазных государствах и в СССР. М., 1928; *Шаргородский М.* Мошенничество в Союзе ССР и на Западе. Харьков, 1927; *Лунц Л.А.* Деньги и денежные обязательства: Юрид. исслед. М., 1927; *Стучка П.И.* Курс советского гражданского права. М., 1927. Т. 1; Л., 1931. Т. 3; *Флейшиц Е.А.* Торгово-промышленное предприятие в праве западноевропейском и РСФСР. Л. 1924; *Он же.* Личные права в гражданском праве Союза ССР и капиталистических стран. М., 1941; *Графский В.Г.* Указ.соч

нии с семейным правом капиталистических стран, а также с правом царской России.¹

Интересны замечания известного ученого-юриста В.Н.Дурденевского по поводу влияния на конституции стран Запада советских конституций: «Буржуазная Европа и Восток безусловно испытывают в своих новых конституциях - хотя бы в отраженной и видоизмененной форме - влияние советских стран... По Европе происходит своеобразная прививка социалистических начал»². Оценивая роль сравнительного метода в конституционном праве, он писал что этот метод «позволяет проследить юридические принципы во всех их следствиях, осветить источники и литературу, попытаться, наконец, дать обобщающие конституции сравнительного права»³.

Хотя сравнительно-правовые исследования на первом этапе развития сравнительного правоведения в бывшем СССР не были свободны от недостатков, нельзя не отметить их научную ценность и тот вклад, который они внесли в развитие правовой науки.

Следует отметить, что были и моменты спада в применении сравнительно-правового метода, связанные с недооценкой роли частнонаучных методов, отрицанием любых моментов преемственности в социалистическом праве.

Второй этап развития советского сравнительного правоведения, который начался с 60-х годов, характеризуется прежде всего расширением диапазона исследований, усилением вниманием к собственно методологическим проблемам, определяющим «лицо» сравнительного правоведения в со-

¹ См.: *Гойхбарг А.Г.* Сравнительное семейное право. М., 1927. С. 237.

² См.: *Дурденевский В.Н.* Иностранное конституционное право: В избр. абзацах (с приложением текстов конституции). Л., 1924. С. 17.

³ См.: Там же. С. 34.

временном понимании. Это связано с тем, что к сравнительному изучению правовых систем противоположных общественно-политических укладов (межтиповому сравнению) добавлялось и сравнение правовых систем социалистических государств, развивающихся стран. Социалистические правовые системы потребовали широкого сравнительного анализа с точки зрения теории и практики деятельности социалистического содружества, в целях взаимного использования опыта.

Советское сравнительное правоведение охватывало вопросы как общей теории государства и права, так и отраслевых правовых наук. Заметно усиливается применение научно-практического подхода к решению многих проблем сравнительного правоведения, ибо оно призвано и способно давать как собственные научные, так и практико-прикладные результаты, особенно важные для правотворческой деятельности. Характерными чертами советского сравнительного правоведения были марксистско-ленинская методологическая основа и обширная источниковедческая база проводимых сравнительно-правовых исследований; острая политическая и идеологическая направленность работ советских ученых-юристов; повышенный интерес к общеметодологическим вопросам; появление крупных обобщающих работ.

Большой вклад в развитие сравнительного правоведения в бывшем СССР и в теоретическое осмысление его роли внесли С. Л. Зивс, В. П. Казимирчук, А. А. Тилле, В. А. Туманов, Г. В. Швеков, М. М. Файзиев, другие ученые. Проблемам сравнительно-правовых исследований в рамках отдельных отраслей права посвятили свои работы многие советские ученые-юристы.

Разработка теории сравнительно-правового метода, активно начатая в 60-е годы, шла в рамках

более широкой проблемы - системы методов, применяемых советским правоведением. Таким путем были сформулированы важные и плодотворные положения, характеризующие сравнительно-правовой метод. В рамках исследований системы методов юридической науки сравнительно-правовой метод рассматривали В. П. Казимирчук, В. Э. Краснянский, Ю. Я. Баскин и Д. И. Фельдман, В. М. Сырых¹. Значение сравнительно-правового метода в системном анализе формы права и некоторые общетеоретические вопросы сравнительного правоведения затрагивались в работах С. Л. Зивса². Различные аспекты использования сравнительного метода в отраслевых правовых науках освещались в статьях А. И. Косарева, С. И. Русиновой, А. Х. Махненко³. Вопросу о специфическом значении сравнительного метода как способа исследования истории советской национальной государственности была посвящена кандидатская диссертация Л. Д. Долгополовой⁴.

Весьма положительно оценивая достигнутые результаты, нельзя не отметить, что в своем развитии теория сравнительно-правового метода значительно меньше использовала эмпирический путь обобщения конкретных сравнительно-правовых иссле-

¹ См.: *Казимирчук В. П.* Право и методы его изучения. М., 1965. Гл. 3; *Краснянский В. Э.* Элементы сравнительно-правового метода // *Правоведение*. 1970. № 3. С. 25-31; *Баскин Ю. Я., Фельдман Д. И.* Международное право: Проблемы методологии. М., 1971. Гл. 3; *Сырых В. М.* Метод правовой науки: (Основные элементы, структуры). М., 1980. С. 72-84.

² См.: *Зивс С. Л.* О методе сравнительного исследования в науке о государстве и праве // *Сов. государство и право*. 1964. № 3. С. 23-35; *Он же.* Источники права. Ютв. ред. В. П. Казимирчук. М., 1981. С. 46-58.

³ См.: *Косарев А. И.* Об использовании сравнительного метода в историко-правовом исследовании // *Сов. государство и право*. 1965. № 3. С. 78-86; *Русинова С. И.* Советская наука конституционного права и сравнительное правоведение // *Вестн. ЛГУ. Сер. Экономика. Философия. Право*. 1974. Вып. 3. С. 111-117; *Махненко А. Х.* О методе сравнительного правоведения в исследовании государственного права зарубежных социалистических стран. С. 95-103.

⁴ См.: *Долгополова Л. Д.* Сравнительный метод в истории советской национальной государственности: Автореф. дис. канд. юрид. наук. Киев, 1976.

дований. Можно сказать, что методология сравнительного правоведения носила дедуктивный, чем индуктивный, характер¹.

Подчеркнем, что методология сравнительного правоведения отнюдь не сводится только к теории сравнительно-правового метода (хотя и занимает в ней значительное место).

Теория сравнительно-правового метода в том виде, как она существовала, скорее может быть названа теорией сравнительного законодательства, чем теорией сравнительного правоведения. Сравнительное законодательство - это сравнение нормативных источников по конкретным правовым проблемам, преимущественно на уровне и в рамках отраслей права и правовых институтов. Имеются специальные обобщающие исследования². Следует прежде всего обратить внимание на работы М. М. Файзиева, в которых рассмотрены некоторые исходные методологические проблемы сравнительного изучения законодательства бывших союзных республик СССР³. Это был наиболее разработанный аспект в советском сравнительном правоведении.

Общая характеристика и развитие сравнительного правоведения в бывшем Советском Союзе давались также в статьях В. М. Чхиквадзе и С. Л. Зивса, А. Ф. Шебанова⁴. Отдельные теоретические во-

¹ Туманов В. А. О развитии социалистического правоведения // Сов. государство и право. 1982. № 11. С. 47.

² Проблемы сравнительного исследования законодательства союзных республик / Отв. ред. А. И. Ишанов. Ташкент, 1974.

³ Файзиев М. М. Применение сравнительного метода при исследовании государственного и правового строительства союзных республик; *Он же*. Советское сравнительное правоведение в условиях федерации / Отв. ред. А. И. Ишанов. Ташкент, 1986.

⁴ Tchikvadze V. M., Ziv S. L. L'évolution de la science juridique et du droit comparé en URSS // Livre de centenaire de la Société de législation comparée. P. 581-600; Chebanov A. J. Science du droit comparé en URSS // Rev. intern. droit comparé. 1975. N 1. P. 121-129.

просы сравнительного правоведения исследовал В. А. Козлов¹.

Большой вклад в разработку методологических вопросов сравнительного правоведения внес В. А. Туманов. Его работы отличались теоретической новизной и ставили ряд методологических проблем². Вкладом в развитие компаративистики явились также сборники, составленные В. А. Тумановым из статей зарубежных ученых. Сборник «Сравнительное правоведение» (М., 1978), содержащий работы авторов из Восточной Европы, давал достаточно целостную информацию о состоянии сравнительно-правовых исследований в бывших НРБ, ВНР, ПНР, СРР и ЧССР. Сборник статей ученых из западных стран³ отражает методологическую проблематику современного буржуазного сравнительного правоведения. Следует упомянуть также изданные на русском языке работы таких известных западных ученых, как Р. Давид, М. Ансель, Ш. Амеллер⁴. Можно отметить также публиковавшиеся в виде сборников материалы двусторонних встреч советских юристов с учеными Франции, Японии, ФРГ и некоторых других стран⁵.

¹ Козлов В. А. Проблемы сравнительного правоведения // Правоведение. 1976. № 5. С. 17-24.

² Туманов В. А. О развитии социалистического правоведения // Сов. государство и право. 1982. № 11. С. 47; Он же. Законодательство и сравнительное правоведение // Совершенствование советского законодательства на основе Конституции СССР и конституций союзных республик. Тбилиси, 1982. С. 19-28.

³ Очерки сравнительного права. М., 1981.

⁴ Давид Р. Основные правовые системы современности. (Сравн. право). М., 1967; Ансель М. Новая социальная защита // Гуманистическое движение в уголовной политике // Под. ред. и вступ. ст. А. А. Пионтковского. М., 1970; Амеллер Ш. Парламенты: Сравн. исслед. структуры и деятельности представ. учреждений 56 стран мира. М., 1967.

⁵ См., напр.: Проблемы сравнительного правоведения. М., 1978; Проблемы сравнительного правоведения: (По материалам VI сов.-фр. симпоз. юристов). М.; Киев. 1979. М., 1981; СССР-Австрия: проблемы гражданского и семейного права. М., 1983; СССР-Япония: право и социальный прогресс. М., 1983.

Одно из важных направлений сравнительно-правовых исследований - сопоставительное изучение основных правовых систем современности. Многообразие и рост числа национальных правовых систем ведут к необходимости изучения «правовой карты мира» на сравнительной основе, чтобы выявить основные тенденции правового развития в современную эпоху. Несмотря на сложность и дискуссионность проблем типологии и классификации, ряд ученых предприняли весьма плодотворные попытки в этом направлении¹.

Следует отметить принципиальную идеологическую направленность работ советских компаративистов, которые вели борьбу с концепциями буржуазного сравнительного правоведения.

ТЕМА 4. ФУНКЦИИ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ

1. Научная функция 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

¹ См.: Алексеев С.С. Общая теория права. М., 1981. Т.1. С. 107-122, 142-144; Жидков О.А. История и опыт развития правовых систем // Мирное сосуществование и социально-политическое развитие. М., 1977. С. 101-107; Краснянский В.Э. Классификация правовых систем // Правоведение. 1969. № 5. С. 41-46; Явич С.Л. Общая теория права. Л. 1976. С. 100-128; Тилле А.А., Швеков Г.В. Сравнительный метод в юридических дисциплинах. М., 1978. С. 67-71.

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 его 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 очевид-

но, способствует тому, чтобы преодолевать подобного рода барьеры”¹. 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, если оно не хочет стать формально-догматическим, нуждается в освежающем “социологическом душе”². В связи с этим особое значение приобретают такие социоло-

¹ Давид Р. Сравнительное право // Очерки сравнительного права. М., 1981. С. 22. См. также: Тутанов В. А. Philophoy of law and comparative law // Methodological problems of jurisprudence. М., 1983. P. 35-37.

² Carbonnier J. L'apport du droit comparé ? la sociologie juridique // Livre centenaire de la Société de législation on comparée. P., 1969. T. 1. P. 83.

гически 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 иссле-

дований, изучения разнообразных исторических типов правовых систем следует ожидать выработки и более широких обобщающих категорий, а следовательно, своего рода "достройки" общей теории права¹. 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 широкий уровень обобщений, оперировать новейшим зарубежным правовым материалом.

История права изучает истоки правовых явлений, их генезис, т.е. этапы развития права в тесной

¹ См.: *Алексеев С.С.* Структура общей теории государства и права // Актуальные проблемы теории социалистического государства и права. М., 1974. С. 27.

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 права¹.

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 иссле-

¹ Цит. по: *Косарев А.И.* Об использовании сравнительного метода в историко-правовом исследовании // *Сов. государство и право.* 1965. № 3. С. 78-86.

довать 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 унификации 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 националь-

ной 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 поставляет 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 ис-

ключительно 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 науки¹, 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"².

¹ См.: Сталев Ж. Сравнительный метод в социалистической правовой науке // Сравнительное правоведение. М., 1978. С. 50.

² Гете. Собр. соч.: В 13 т. Т. 8. С. 491.

2. Образовательная функция сравнительного правоведения

Сравнительное правоведение имело важное значение и в университетском преподавании права в 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 Канизареса. 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 оно и не нужно, 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 сравнительного правоведения может выглядеть следующим образом:

во-первых, общее введение в теорию сравнительного правоведения; предмет, цели, задачи, история;

во-вторых, классификация основных правовых систем современности на правовые семьи (круги);

в-третьих, основные правовые семьи: романо-германская, англосаксонская, социалистическая, религиозно-традиционная (мусульманская, индусская, дальневосточная);

в-четвертых, проблемы унификации права.

3. 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 исключи-

тельно 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, широко-масштабного 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. “Обращение законодателя к помощи сравнительного права может только расширяться в наше время, когда от права не только ждут обеспечения стабильности правопорядка, а хотят посредством новых законов более или менее радикально преобразовать общество”¹, - писал Р. Давид.

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. практика 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

¹ Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1988. С. 21.

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 законодательная работа проводится непосредственно самим законодателем, а точнее, парламентскими комиссиями, правительственными службами, министерствами, занятыми этой 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 процессе¹. 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 англосак-

¹ *Setroma L. Use of comparative law bu legalator. Sydney, 1981. P. 3-12.*

сонской правовой семьи в 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"¹. Очевидно, к этому объяснению следу-

¹ Ibid. P. 26.

ет 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. Другая ситуация - федеративная структура законодательства не только открывает большие возможности для научного сравнительного анализа законодательства субъектов федерации, но и требует такого анализа в практико-прикладных целях.

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 правовой¹.

¹ Ebert K.-H. Rechtsvergleichung: Einführung in die Grundlagen. Bern, 1978. S. 205.

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.

4. 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 книге¹. 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 в римском *jus gentium* как попытку создания единообразного права, применимого к отношениям римлян с иностранцами и с жителями провинций². Движение за естественное право в XVI-XVIII в. также имело универсалистскую направленность; *Theatrum legale*, эта панора-

¹ См.: *Gutteridge H. Comparative Law. An Introduction, Cambridge, 1974.*

² См.: *Ansel M. Utilité et methodes du droit compare. Neuchâtel, 1971.*

ма развития всех законодательств мира, очерченная Лейбницем в 1667 г., несет отпечаток унификационных идей.

Во второй половине XIX в. осуществились первые унификационные начинания. В основе их лежали практические потребности, развитие 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.

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 г. 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 сложности и неопределенности, порождаемых коллизиями законов. К этому факторам следует добавить веру юристов в создание международного, межгосударственного законодательства без ущерба для суверенитета государств.

Международное движение наталкивается на определенные препятствия и трудности. Спротивление 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 рецепирован.

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 Бурон 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 легислатурами 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 веков создавалось континентальное *Lex Mercatoria*, аналогом которого в Англии явилось *Merchant Law* - торговое право. Уже с той поры торговое право стремилось к универсальности. 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:

во-первых, 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;

во-вторых, 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;

в-третьих, путем подготовки какой-либо официальной или частной организацией типового за-

кона 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 «Обязательственное право» 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. Примером региональной унификации может служить Северный союз, а универсальной - Гаагские конвенции.

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 Гаагской конвенции о единообразном законе о купле-продаже товаров 1964 г.

Общие условия унификаций 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 юридико-технических 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:

во-первых, унификация перестает быть главным объектом сравнительного права и главной заботой компаративиста;

во-вторых, по отдельным вопросам, в отношении которых трудно добиться унификации норм права, между отдельными системами возможны гармонизация, координация или униформизация;

в-третьих, при переходе от старой унификации к новой гармонизации снова обнаруживается, что наука должна отойти от нормы права и обратиться к правовым системам в целом¹.

ТЕМА 5. КЛАССИФИКАЦИЯ ОСНОВНЫХ ПРАВОВЫХ СИСТЕМ СОВРЕМЕННОСТИ

1. Правовая карта мира - основной предмет изучения сравнительного правоведения

Вот уже более ста лет ученые-компаративисты мира спорят о том, является ли сравнительное правоведение самостоятельной отраслью юридической науки или же оно представляет собой особый сравнительный метод, применяемый при исследовании каждой из отраслей науки права. В последнее время в юридической литературе все более убедительно обосновывается положение о сравнительном право-

¹ См.: Очерки сравнительного права. М., 1981. С. 202.

ведении как о самостоятельном научном направлении правовых исследований, причем число его сторонников непрерывно растет¹. Такой принципиально новый подход к пониманию сравнительного правоведения в компаративистике значительно расширяет прежние узкие представления о нем как о сравнительно-правовом методе. Он открывает простор для расширения конкретных сравнительно-правовых исследований и поднятия их на новый, более высокий уровень. Возникновение этого подхода вызвано прежде всего настоятельной необходимостью всестороннего осмысления тех качественных и количественных изменений на правовой карте мира, которые произошли в XX в.

Широкий подход к задачам сравнительного правоведения обуславливает и иную структуру предмета. Речь идет не о сравнении отдельных правовых норм и институтов, а о рассмотрении основных правовых систем современности. Каждая из них выступает как самостоятельный комплекс, рассматриваемый применительно к одному и тому же вопросу (например, история, основные понятия и структура, источники, применение права). Такой подход в значительно большей мере позволяет избежать опасности не увидеть за сходными юридическими формами различное содержание.

В то же время независимо от того, как мы понимаем сравнительное правоведение - более узко, сводя его лишь к методу, или более широко, рассматривая его как самостоятельное направление правовых исследований, - на сегодняшний день оно уже стало реальностью и заняло прочное место в юридической науке.

В общем плане можно утверждать, что сравнительно-правовые исследования нацелены главным

¹ См.: Саидов А.Х. О предмете сравнительного правоведения //Общественные науки в Узбекистане. 1985. № 8. С. 31-36.

образом на изучение юридической географии мира, раскрытие взаимоотношений и взаимовлияний правовых систем современности. Это не простое сопоставление правовых систем, а исследование закономерностей их развития, выявление у них общего, особенного и единичного.

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

Сравнительное правоведение помогает преодолеть 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 право-

ведения, 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 исследования 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.

2. Правовая система - базисное понятие сравнительного правоведения

Для того чтобы перейти к дальнейшему изложению проблемы, необходимо прежде всего уточнить исходные понятия. В качестве основополагающего объекта сравнительного правоведения выступает категория «правовая система». В связи с этим стержневым является вопрос о том, что следует понимать под правовой системой. Затем нужно выяснить, какие основные правовые системы имеются сегодня.

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 «правопонимание», «правотворчество», «правоприменение». Поэтому исследование правовой системы должно охватывать, во-первых, системы 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 меняется и изменяется в ходе исторического про-

цесса. 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 «системы 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 которых, более узкое, охватывается другим, но при этом отнюдь не теряет от этого своего автономного значения.

3. Понятие правовой семьи

Теперь обратимся ко второму значению правовой системы, более тесно связанному с компаративистикой. Терминология здесь разнообразна. Например, Р.Давид использует термин «семья правовых систем», К.-О.Эберт и М.Рейнстайн - «правовые круги», И.Сабо - «форма правовых систем», С.С.Алексеев - «структурная общность». Наиболее распространен в современной компаративистике термин «правовая семья», поэтому мы тоже будем пользоваться им.

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 использовании 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.

4. 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 суммарную 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 такой подход. При репрезентативном 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, рас-

полагающих обширным и длительным правовым опытом. Этот опыт используется малыми и новыми государствами, принадлежащими к тому же типу, что и материнская правовая система. Таково 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.

5. Основания (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»¹.

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.Вигмором². Но самое широкое развитие это направление исследований получило с 60-х годов XX столетия.

¹ Zaitay I. Beitrage zur Rechtsvergleichung. Tubingen, 1976, s. 76.

² Wigmore J.H. A Panorama of the World's Legal Systems. Seint Paul, 1928, v. 1/3.

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"¹. Участники I Международного конгресса сравнительного права в 1900 г. различали французскую, англо-американскую, германскую, славянскую и мусульманскую правовые семьи. В 1919 г. во время 50-летнего юбилея французского Общества сравнительного законодательства его участники ограничились классификацией, состоящей из трех правовых семей: французской, англо-американской, мусульманской. В начале XX в. А. Эсмен подразделял правовые системы исходя из особенностей их "исторического формирования, общей структуры и отличительных черт"² на следующие группы: латинская (романская) группа (в эту группу включались французское, бельгийское, итальянское, испанское, португальское, румынское право и право латиноамериканских стран); германская группа (германс-

¹ *Rodiere R. Introduction au droit comparé. P., 1979. P. 27.*

² Цит. по: *Zweigert K., Kötz H. An introduction to comparative law. Amsterdam etc., 1977. Vol. 1. P. 57-58; Esmein A. Le droit comparé et l'enseignement du droit. P., 1905.*

кое 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"¹, то К. Цвайгерт и Х. Котц оценивают ее как "весьма удачную систему для своего времени"².

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 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 развода³.

Э. 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

¹ *Armijon A., Nolde B., Wolf M. Traité de droit comparé. P., 1950. Vol. I. P. 43.*

² *Zweigert K., Kötz H. Op. cit. P. 57.*

³ *Glasson E. Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe. P., 1880.*

права, - это Франция, Германия, Швейцария¹. 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, т.е. стран "обычного (прецедентного) права"; 2) права ислама, которое в отличие от двух первых правовых систем характеризуется "своей почти абсолютной неподвижностью и религиозным характером"².

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 право³. Может ли такая классификация претендовать на научное значение? По-видимому, вряд ли.

Одну из самых значительных попыток дать общую панораму правовых систем предпринял американский ученый Дж. Вигмор в своей трехтомной, объемом более 1000 страниц, работе "Панора-

¹ *Armijon A., Nolde B., Wolf M., Op. cit. P. 45-46.*

² *Ibid.*

³ *Sauer-Hall G. La fonction et la méthode du droit comparé. Geneva, 1913.*

ма правовых систем мира"¹. 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 иллюстрационным². 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 характеристика современных автору правовых систем.

Дж. Вигмор прав в том, что для правильного понимания современных правовых систем необходимо знание прошлых правовых систем. 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, взаимодопол-

¹ *Wigmore J. H. A panorama of the world's legal systems. Saint Paul, 1928. Vol. 1/3. 1163 p.*

² *Ibid. Vol. 1. P. XI.*

нением. 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 самостоятель-

ность 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»¹. 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, боль-

¹ Криснянский В. Э. Указ. соч. С. 45-46.

шинство этих стран попадает в группу американского права в семье общего права. Или другой пример. Скандинавское право тяготеет к романо-германским системам, но если исходить из того, что в нем значительно менее заметна грань между частным и публичным правом, то оно окажется ближе к общему праву.

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

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

Для выделения основных правовых семей наиболее существенными являются три взаимосвязанные группы критериев: история правовых систем; система источников права; структура правовой системы: ведущие правовые институты и отрасли права. Эти критерии позволяют раскрыть качественную специфику той или иной правовой семьи. Они являются критериями не только синхронного описания, но и диахронного анализа

правовых семей. Исходя из этих взаимосвязанных критериев можно, выделить следующие правовые семьи: общего права, романо-германскую, скандинавскую, латиноамериканскую, постсоциалистическую, 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»¹.

6. 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 приближается к двумстам.

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 историческо-

¹ Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1967. С. 38.

го 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. Г. Эберт, М. Рейнстайн - "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 при-

мыкает остальной юридический мир, охватывающий четыре пятых планеты под названием “религиозные и традиционные системы”¹. 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 классификацией².

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 своим определенным стилем. Поэтому 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 факторов³. Наиболее полным образом

¹ Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1988. С. 37-48.

² В 1950 г. в книге “Элементарный 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 (*David R. Traité élémentaire de droit civil comparé*. P., 1950. P. 227-311). Эта классификация Р. Давида не была единодушно принята. Идею о едином западном праве поддержали далеко не все.

³ *Zweigert K. Zur Lehre von den Rechtskreisen //XXth century comparative and conflicts law: Legal essays in honor of Hessel E. Intern. Leiden, 1961. P. 46.*

учение о “правовых стилях” изложено в работе Цвайгерта (в соавторстве с Г. Котцем) “Введение в правовое сравнение в области частного права”¹. “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, 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 Цвайгерта придерживается и К.-Г. Эберт².

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 современ-

¹ *Zweigert K., Kötz H. Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts. Tübingen, 1961-1969. Bd. 1, 2.*

² К.-Г. 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 системы (правового круга) характерно господство той или иной правовой идеи, или правопорядка. Так, в романской системе им является французский *Code civil*, в германской - ПГУ 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. См.: *Ebert K.-H. Rechtsvergleichung: Einführung in die Grundlagen. Bern, 1978, S. 39, 44.*

ном 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. Котца, В. Кнаппа, В. Златеску.

ОСОБЕННАЯ ЧАСТЬ. ОСНОВНЫЕ СИСТЕМЫ СОВРЕМЕННОСТИ

РАЗДЕЛ ПЕРВЫЙ. РОМАНО-ГЕРМАНСКАЯ ПРАВОВАЯ СЕМЬЯ

ТЕМА 6. РОМАНО-ГЕРМАНСКАЯ ПРАВОВАЯ СЕМЬЯ

1. Понятие, формирование и распространение романо-германской правовой семьи

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

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 длительную юридическую историю. Она сложилась на основе изучения римского права итальянских,

французских и германских университетов, создавших в XII-XVI вв. на базе Свода законов Юстиниана общую для многих европейских стран юридическую науку. Произошел процесс, получивший название "рецепция римского права". Вначале эта рецепция носила доктринальные формы: римское право непосредственно не применялось, изучались его понятийный фонд, весьма развитая структура, внутренняя логика, юридическая техника.

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

Р. Давид подчеркивает, что романо-германская правовая семья в своем историческом развитии не была продуктом деятельности государственной власти (в этом ее отличие от формирования английского общего права), а была исключительно продуктом культуры, независимым от политики¹. 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 отношений собственности, обмена, первоначального накопления, перехода от внеэкономического к экономическому принуждению и т.п.

¹ См.: Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1988. С. 58.

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”¹.

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 капиталистического периода. Стало быть, именно то, в чем нуждались наши горожане в период возникновения городов и чего они не находили в местном обычном праве”².

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

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 3. С. 63.

² Там же. Т. 36. С. 145.

создания единой национальной правовой системы, для обеспечения законности в противовес феодальному деспотизму и произволу.

Те же обстоятельства, которые определили важную роль закона как основного источника романо-германского права, обусловили возможность и необходимость кодификации права. Путем кодификации право приводится в систему, оказывается как бы пронизанным определенными принципами. Кодификация придает праву определенность и ясность, значительно облегчает его практическое использование и является логическим завершением сложившегося в континентальной Европе понимания правовой нормы и права в целом. Кодификация завершает формирование романо-германской правовой семьи как целостного явления. Особенно значительной была при этом роль французской кодификации. Гражданский кодекс Наполеона оказал значительное влияние на процесс утверждения принципов романо-германского права во многих государствах Европейского континента и за его пределами.

Таким образом, романо-германская правовая семья первоначально сложилась в континентальной Западной Европе. Наибольший вклад в создание этой системы, о чем свидетельствует ее название, внесли юридическая мысль и законодательство Франции и Германии. Но основы романо-германского права формировались также профессорами права Болонского и других итальянских университетов, кодификаторами Испании и Португалии, трудами голландских ученых Б.Спинозы, Г.Гроция, итальянца Ч.Беккариа и многими другими. Впоследствии европейские государства перенесли свою правовую систему в свои колониальные владения в Америке, Азии и Африке. Некоторые государства добровольно восприняли понятия,

конструкции и даже целые отраслевые массивы из романо-германского права.

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

Особое положение занимают правовые системы Скандинавских стран. Большинство исследователей, исходя из существующей в этих государствах системы источников права, относят право Скандинавских стран к романо-германской правовой семье¹. Некоторые юристы считают скандинавское право специфической общностью, обособленной и от романо-германского, и от общего права².

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 авторы³.

¹ См.: *Кнапп В.* Крупные системы права в современном мире // Сравнительное правоведение. М., 1978. С. 230-231.

² *Merryman Y.H.* The civil law tradition. An Introduction to the Legal System of Western Europe and Latin America. Standford, 1969. P. 5.

³ *Ibid.*, P. 3

2. Структура и понятие романо-германской правовой семьи

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. о его делении на частное и публичное, а также 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.

Во Франции отраслями публичного права являются:

1) конституционное право, регулирующее вопросы, касающиеся формы и структуры государства, организации государства, его верховных органов и парламента, исполнительной власти и участия граждан в правительстве;

2) административное право, включающее в себя нормы, регулирующие организацию государственных органов, не решающих чисто политические и судебные вопросы, и условия, в которых государственные органы осуществляют свои права и налагают обязанности на нижестоящие органы;

3) финансовое право, регулирующее государственные расходы и доходы (налогообложение, займы, денежное законодательство);

4) международное публичное право.

Частное право включает в себя:

1) собственно гражданское право;

2) торговое право, включающее и морское право;

3) гражданское процессуальное право;

4) уголовное право¹.

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

1) трудовое право;

2) сельскохозяйственное право;

3) законы о промышленной собственности и авторское право;

4) воздушное право;

5) лесное право;

6) горное право;

7) страховое право;

8) транспортное право;

9) международное частное право.

Международное частное право определяет положение иностранцев, рассматривает коллизии прав и юрисдикции в гражданских делах. Хотя оно традиционно считается составной частью частного права, некоторые затрагиваемые им вопросы, например определение национальности, по сути своей являются частью публичного права. Гражданское процессуальное право и уголовное право иногда выделяются как санкционирующее право, так как они обеспечивают проведение в жизнь норм частного права. Эта традиционная точка зре-

¹ Хотя по своей природе уголовное право принадлежит к публичному праву, его по традиции относят к частному праву, так как многие его положения выработаны для защиты отношений, регулируемых этим последним.

ния оспаривается некоторыми учеными, которые относят определенные отрасли - торговое, морское, сельскохозяйственное, воздушное, трудовое право, законы о социальном обеспечении и так называемое санкционирующее право (уголовное и гражданское процессуальное право) - к отдельной группе "смешанных прав". Существует и другая точка зрения, согласно которой гражданское процессуальное право больше связано с публичным, нежели с частным правом¹.

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

В немецкой юридической науке отраслями публичного права принято считать: конституционное право, административное, налоговое, уголовное, уголовно-процессуальное, гражданское процессуальное право, церковное право и 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 в боль-

¹ *Gaudment P.M.* Paul Laband et la doctrine française de droit public // *Rev. droit public et sci. polit France et étranger.* 1989. ? 4. P. 957-960.

шинстве случаев его относят к области *sui generis*, которая не соответствует ни частному, ни публичному праву.

Следует подчеркнуть, что особенности романо-германской правовой семьи в полной мере обнаруживаются в сфере частного права. В области публичного права ее специфика проявляется значительно слабее. В странах романо-германской правовой семьи основой правовой системы выступает частное (гражданское) право. По этой причине юристы Англии и США нередко называют страны романо-германской правовой семьи странами гражданского права¹.

В большинстве европейских стран классификация отраслей права напоминает германскую (Швейцария, Испания, Австрия). Италия, Бельгия придерживаются французской схемы², как и Нидерланды, где впрочем, делается оговорка: гражданское процессуальное право и законы о несостоятельных должниках составляют формальную часть частного права в отличие от субстантивной части частного права, куда входят собственно гражданское и торговое право. 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.

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 воз-

¹ *Watson A. The Law Making in the Civil Law. Cambridge. 1981. P. 2.*

² *Sacco R. Modeles française et modeles allemand dans le droit civil italien // Rev. intern. droit comparé. 1976. ? 2. P. 225-235.*

действие 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.

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 масштабе отношений, охватываемых этой отраслью права. Возникнув исторически как "полицейское право", призванное обеспечить общественный правопорядок,

оно получило затем в свое ведение почти все сферы государственного управления. Особенно возросла роль административного права в современных условиях.

К общим для права всех стран романо-германской семьи - источникам права и структуре права - следует добавить и некоторые другие, 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 тех, что определяют способы судебной деятельности.

Для романо-германской правовой семьи характерны:

во-первых, более высокий уровень абстрагированности норм права по сравнению с нормой англо-американского права;

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

в-третьих, преобладание материального права над процессуальным;

в-четвертых, 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.

3. Источники романо-германского права

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 ко-

торых признается высший юридический авторитет. Их 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.

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.

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.

В системе романо-германского права особое место занимает *доктрина*, разработавшая основ-

ные 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 в рамках этой схемы возможно существенное смещение акцента.

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.

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) и 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. 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 приобретаетс^я 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. Обязательное право.
- III. Вещное право.
- IV. Семейное право.
- V. Наследственное право.

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.

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 языком¹.

Австрийский Гражданский кодекс (1811 г.) - один из первых кодексов в романо-германской правовой семье. Он отличается несколько громоздкой организацией: - разделен на Вводный титул и три части. Во Вводном титуле даны определение предмета гражданского права, правила толкования, соотношение с обычным правом, статусное право и другие правовые нормы. В первой части изложены "права лиц", включая семейное право. Вторая часть посвящена вещному праву. В третьей части собраны положения, общие для прав лиц и вещного права. Она носит смешанный характер².

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

¹ *Dutoit B. Les sources de droit en Suisse //The sources of law: A comparative empirical study: National systems of law. Budapest, 1982. P. 259. 261-262.*

² *Schöffner H. Sources of law in the Republic of Austria //Ibid. P. 18-19, 50-52.*

современного общества. Однако он действует до сих пор.

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 закона¹. 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 в 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 относится скорее к торговому праву, чем к труду. Шестая книга Кодекса посвящена охране прав, включая положения, касающиеся регистрации земли и других имущественных сделок, залога, давности.

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.), Бельгии (1807 г.), Люксембурге (1807 г.), Испании (1829 г.; перераб. - 1885 г.), Португалии (1833 г.; перераб. - 1888 г.), Нидерлан-

¹ См.: Попов Н.Ю. Источники итальянского права //Сов. государство и право. 1983. № 10. С. 126-130; Sacco R. *Modeles franpzais...* P. 225-235.

дах (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 сосредоточены 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.

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 отобрано 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 соб-

ственность - 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.

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 сегодня 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. Еще в большей степени это характерно, как мы видели, для Италии.

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-судеб-

ной процедуре 1960 г., в основном правила рассмотрения дел в административных судах.

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 так же 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 авто-

ров, "судебное творчество Государственного совета практически охватывает сегодня всю сферу административного права"¹.

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.

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

¹ Газье Ф. Роль судебной практики в развитии административного права Франции // СССР - Франция. М., 1982. С. 57.

принять его к производству. То же правило действует и тогда, когда дело переходит от общего суда к административному.

Широкой известностью и высокой репутацией пользуется французская административная юстиция, 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 инстанции¹.

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.

4. 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-гер-

¹ См.: Боботов С.В. Административная юстиция Франции: Доктрина и практика //Сов. государство и право. 1981. № 6. С. 127-133.

манской 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.

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 нашего века) страна вступила с огромной массой правовых актов, лежавших за пределами традиционной кодификации¹.

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 кодификаций². Во-первых, эти кодексы не преследуют цели “переосмыслить” совокупность

¹ См.: Лубенский А. И. Систематизация законодательства во Франции. М., 1970. С. 4-18.

² *Delage C. Les sources du droit français //The sources of law. P. 127-130.*

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. Второй удар по престижу закона нанесла Конституция 1958 г., перевернувшая "классическое" распределение компетенции между законодательной и исполнительной властями. Конституция перечислила круг вопросов, входящих в компетенцию парламента, и тем самым ограничила сферу его законодательной деятельности. И наоборот, компетенция исполнительной власти существенно расширилась, соответственно возросли удельный вес и значение ее актов в системе источников права.

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

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

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

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

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. Правитель-

ственные 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 такая 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 обыновений 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 более широко, 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 имеет место в Германии, а тем самым и на судебную практику.

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

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

Согласно ст. 25 Конституции Германии 1949 г., "общие нормы международного права являются

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

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

ТЕМА 7. ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ СКАНДИНАВСКИХ СТРАН

1. Место скандинавского права на правовой карте мира

В силу ряда причин (колониальная экспансия, рецепция, идеологическое влияние 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.

Несмотря на то, что Скандинавские страны - Швеция, Норвегия, Дания, 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 западные 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 разновидностью особой¹, романо-германской правовой семьи или отдельной сферой континентальной системы права². 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 Мальмстрём помещает его между романо-германской правовой семьей и общим правом³. Другой ученый-юрист - Ф.Шмидт, разделяя эту позицию, ссылается на то, что европей-

¹ См.: Zweigert K. *Kutiz H. Einführung in die Rechtsvergleichung*. Tübingen. V. 1. 1960. P.339-340, 349; Sandberg. *Civil Law, Common Law, Scandinavian Law //Scand. St.L.* 1969. № 13. P. 204.

² См.: *Кнапп В. Крупные системы права в современном мире //В сб. Сравнительное правоведение. М., 1978. С. 228-231.*

³ См.: *Malmstrom. The System of Legal Systems. Sc. St. Z. № 13. 1969. P. 147.*

ское континентальное право более догматично по сравнению с правовыми системами Скандинавских стран, а англо-американское право более прагматично¹. Третьи юристы относят право стран Северной Европы к «третьей системе» западного права². Юзинг отмечает, что нордическое право все же ближе к общему праву, чем к романо-германской правовой семье³. Наконец, некоторые ученые-юристы считают споры по поводу классификации скандинавского права совершенно бесполезными⁴.

Действительно, есть некоторые обстоятельства, побуждающие к такого рода выводам. Римское право сыграло несомненно 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 права⁵.

¹ См.: Schmidt F. The German Abstract Approach to Law. Comments of the System of the Burgerliches Gesetzbuch //Sc. St. L. № 9. 1965. P. 13.

² См.: Eek Evolution et structure du droit scandinave //Rev. Hellenistique de dr. int. № 14. 1961. P. 33.

³ См.: Ussing. Op cit. P. 359.

⁴ См.: Danish and Norwegian Law. A General Survey. Copenhagen, 1963. P. 68; Comard. Civil Law, Common Law and Scandinavian Law //Scand. Stud. Law. V. 15. 1961. P. 29-33.

⁵ Goward B. Civil law and Scandinavian law //Scan. Stud. Law. 1961. Vol. 8. P. 27-38; Sundberg J. Civil law, common law and the Scandinavians //Ibid. 1969. Vol. 13. P. 179-205.

2. 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 этих стран характерны были 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 право¹.

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, рецепированного в европейских странах, вследствие чего эти римские элементы стали неотъемлемой частью шведского права, шведской юридической культуры².

¹ См.: Eorsi G. Op.cit. P. 136.

² См.: *Tagerskiöld S. Roman Influence on Swedish Case Law in the 17th century //Sc.St. L. № 11. 1967. P. 175-209.* Не все скандинавские юристы разделяют эту точку зрения. Так, по утверждению Юзинга, «рецепции римского права не произошло». См.: *Ussing Scandinavian Law of the Torts. Impact of Insurance and Tort Law //Am. F. Comp.L. № 1. 1952. P. 359.*

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 очень мало вмешивалась в ее правовую систему. Таким образом, когда Финляндия отделилась от России после переворота 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.

Исходным пунктом формирования правовых систем Скандинавских стран стали два законодательных акта, два свода: **первый** - Кодекс короля Христиана V, принятый в Дании в 1683 г. (в 1687 г. его действие было распространено на Норвегию под названием "Норвежское право"), и **второй** - Свод законов Шведского государства 1734 г.

В Датском кодексе шесть разделов: общий; о духовенстве, о светских сословиях; о торговом и брачном праве; о морском праве; о праве собственности и наследственном праве; об уголовном праве.

Шведский кодекс 1734 г. состоит из девяти 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.

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 зако-

нодательных 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»¹ 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 1948г. - 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 прошлого столетия. Хотя число законодательных предписаний, выходящих за рамки

¹ См.: Tallon D. Codification et reforme du droit. In: Legal theory comparative law //Studies in Honour of Professor Imre Szabo. Budapest, 1984. P. 415.

закона 1734 г., значительно превысило систематизированную в соответствии с этим актом часть шведского законодательства, практическое значение указанного закона шведского государства еще велико¹.

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.

3. Унификация и гармонизация правовых систем Скандинавских стран

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 прошлого века, привел к появлению значительного числа унифицированных актов, равно действующих во всех государствах-участниках².

Правовое сотрудничество Скандинавских стран началось в 1872 г. С тех пор оно стало характерной чертой правотворчества в области

¹ См.: *Комаров А.С.* Источники права Швеции //Сов. государство и право. 1986. № 6. С. 97-102; Введение в шведское право. М., 1986.

² *Eyben W.E.* Inter-Nordic legislative co-operation //Scan. Stud. Law. 1962. Vol. 6. P. 63-93.

брачно-семейного, договорного, деликатного 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 века появились еще более смелые унификаторские планы. В 1899 г. датский профессор 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 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 государства 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 правовое сотрудничество.

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

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

4. 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. В соответствии с Фридрихсгамским мирным договором 1809 г., завершившим русско-шведскую войну 1808-1809 г., Швеция потеряла Финляндию. Тем не менее влияние шведского права в этой стране остается значительным и до настоящего времени.

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

во-первых, длительные взаимные исторические связи и этническая близость данных государств;

во-вторых, почти полное отсутствие во всех этих странах рецепции римского права, оказавшего существенное влияние на развитие правовых систем стран континентальной Европы;

в-третьих, отсутствие кодексов, систематизирующих отдельные отрасли права так, как это было сделано в романо-германской правовой семье;

в-четвертых, проходящий уже более 100 лет процесс унификации права стран Скандинавии¹.

Анализ современных правовых систем Скандинавских стран показывает некоторую общность

¹ См.: Комаров А.С. Источники права Швеции // Сов. государство и право. 1986. № 6. С. 97; Саидов А.Х. Введение в основные правовые системы современности. Ташкент, 1988. С. 100-104.

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 договорах¹.

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 права².

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 правомочий судей приводит получающая все более значительное распространение практика включения в законы неопределенных норм.

¹ См.: *Schmidt F. Constitution of Statutes. Sc. St. L. № 1. 1957. P. 157; Stromholm Legislative Material and Construction of Statutes. Notes on the Continental Approach: Sc. St. L.*

² См.: *Schmidt F. Constitution of Statutes. P. 157, № 10. 1966. P. 175.*

В Швеции они получили название «общих оговорок». Сами шведские юристы оценивают развитие законодательной техники «общих оговорок» как «разновидность делегации законодательной власти судебным органам»¹. 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, 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.

¹ *Stromholm S. Ratt, rattskallor och rattstillampning. Sthl., 1981. Sid. 566.*

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 в университетах Скандинавии все сильнее напоминают американскую систему преподавания юриспруденции.

5. 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, введивших у себя эти единообразные законодательные акты.

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

Таким образом, существует значительное влияние Швеции на формирование 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»¹, многие юристы из Швеции настаивают на **верховенстве закона в праве этой страны.**

Так, О.Мальмстрём делит источники права на законы и другие нормативные акты, акты толкования права, акты правоприменения². Он определяет закон как «писаную норму права, относящуюся к определенному правопорядку»³.

Шведский законодатель никогда не стремился выработать определенные правовые принципы,

¹ Колларов А.С. Указ. соч. С. 99.

² См.: Malmstrom A. Civillratt. S. 13.

³ См.: Malmstrom A. Civillratt. S. 13.

применимые к каждой из отраслей права. Это привело к тому, что число норм общего характера крайне не значительно.

В настоящее время обозначилась противоположная направленность в шведском законодательстве: от специальных правовых норм, направленных на урегулирование конкретной жизненной ситуации, к так называемым каучуковым нормам¹. 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 неограничены, 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 видят в этом объективную тенденцию развития права в целом².

Шведское законодательство в основном не кодифицировано. 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 практике³.

⁴ *Комаров А.С.* Указ. соч. С.99.

⁵ См.: *Комаров А.С.* Указ. соч. С. 99

¹ См.: *Malmstrom A.* *Civilratt.* P. 20.

Область применения обычая в Швеции весьма ограничена: из-за верховенства законов обычай обречен на весьма второстепенную роль¹.

Это связано с тем, что большая часть общественных отношений регулируется законодательным путем. Однако в таких областях, как торговля, мореплавание, обычаи все еще 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 городе, порту или окрестности, обобщаются и публикуются местными торговыми палатами, что значительно облегчает возможность их применения.

Еще одним источником права Швеции является судебная практика. Р. Давид считает, что судьи, по существу, занимаются нормотворчеством, прикрываясь видимостью толкования закона². Это мнение не лишено известных оснований.

В шведской правовой доктрине ясно выражена идея, что решение высших судебных инстанций 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 дейст-

¹ См.: Давид Р. Основные правовые системы современности. С. 131.

² См.: Давид Р. Там же. С. 132.

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

Возрастание роли судебной практики, которое наблюдается 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 деятельность¹.

Однако шведские юристы отводят судам лишь роль толкователей права и 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.

¹ См.: Комаров А.С. Указ. соч. С. 101.

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. По мнению Р. Давида, норма, созданная судебной практикой, существует и применяется лишь в той мере, в какой каждый судья считает ее хорошей¹.

Представляется, что шведская правовая доктрина в определенной мере 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.

ТЕМА 8. ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ СТРАН ЛАТИНСКОЙ АМЕРИКИ

1. Формирование правовых систем стран Латинской Америки

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 латиноамериканс-

¹ См.: Давид Р. Основные правовые системы современности. С. 133, 134.

ком праве. Разумеется, это не исключает достаточно существенных отклонений права ряда стран Латинской Америки от общей модели (например, Куба). Тем не менее существование такой модели вполне оправданно.

Многие западные компаративисты безоговорочно относят право стран Латинской Америки к романо-германской правовой семье. Однако звучали и требования выделить право стран Латинской Америки. Р. Давид полагает, что латиноамериканское право, хотя оно и принадлежит по своей структуре и общим чертам к романо-германской правовой семье, заслуживает того, чтобы его ввиду некоторых особых черт классифицировать в рамках этой семьи как отдельную группу¹.

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.

Как правильно отмечает В. А. Черняев, кодификация, происходившая в течение следующего за завоеванием независимости периода, заложила основу для формирования национальных правовых систем. "Если кодификация законодательства, проводимая в европейских странах после буржуазных революций, представляла собой своеобразное подведение итогов этих революций, то кодификация законодательства в латиноамериканских республиках, с одной стороны, отразила компро-

¹ *David R. Le droit compare: Droit d'hier, droit de demain. P., 1982. P. 161-173.* См., также: *Жидков О.А. История государства и права стран Латинской Америки. М., 1967; Черняев В.А. Развитие законодательных источников в странах Латинской Америки: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1973; Тихонова А.А. Система источников права в буржуазных странах Латинской Америки // Источники права. М., 1985. С. 230-246.*

мисс элементов феодального и буржуазного права, а с другой стороны, являлась рычагом, способствовавшим в конечном счете закреплению и развитию новых капиталистических отношений на Латиноамериканском континенте”¹.

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

Идеологическим стимулом восприятия французской модели явилось и то огромное влияние, которое оказали политико-правовые учения эпохи Просвещения на революционные силы континента, добившиеся национальной независимости.

Вместе с тем, поскольку кодификация началась не сразу после завоевания независимости и длилась не один год, в ней оказались отражены и многие особенности ситуации на континенте. Был учтен и опыт, накопленный в других странах. Гражданский кодекс Чили 1855 г. был подготовлен А. Белло. Он удачно усовершенствовал исходную модель, используя, в частности, некоторые институты и категории испанского права. Другой документ доктринальный: работа бразильца Тексейра де Фрейтаса о кодификации и систематизации права (consolidation). Создатель Гражданского кодекса Аргентины 1867 г. Сарсфильд прямо признает, что он строил кодекс на основе этих двух документов. То же произошло в Уругвае. Парагвай рецептировал аргентинскую модель, а Колумбия и Эквадор - с некоторыми модификациями чилийский Гражданский кодекс. Вслед за гражданским правом последо-

¹ Черняев В. А. Указ. соч. С. 19.

вала кодификация других основных отраслей права. Были приняты, в частности, торговые кодексы.

Характерно, что даже страны, географически более других тяготеющие к США, тем не менее также оказались привержены европейским континентальным моделям. В качестве примера можно указать на Мексику, где сформировавшаяся после завоевания политической независимости правовая система восприняла правовые идеи и юридическую технику, свойственные романо-германской группе континентальной системы буржуазного права. 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 права¹.

В одних странах некоторые кодексы, принятые в прошлом веке, 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, наобо-

¹ Karst K., Rosenn K. Law and development in Latin America: A case book. Berkeley, 1975. P. 113.

рот, меньше. Но в целом это субсидиарный источник, и на Европейском континенте он используется в случаях, оговоренных законом.

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.

2. Особенности правовых систем стран Латинской Америки

Что отличает латиноамериканское право от романо-германской системы? Это прежде всего сфера публичного права. Если, завоевав 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.

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

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 буржуазных 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 в пользу 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.

ТЕМА 9. ПРАВОВАЯ СИСТЕМА ЯПОНИИ

1. Значение права в традиционном японском обществе

Если латиноамериканское право отличает дуализм в смысле сочетания европейского и американского образцов при отсутствии сколько-нибудь значительных влияний традиционных норм и институтов прошлого (вытесненных в период испан-

ского 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 моделями¹.

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 “рицуре”, 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 гирри трактуются как «долг чести, основанный... на строго предписанном регламенте человеческих взаимоотношений, требующем подобающих поступков в подобающих обстоятельствах...»². 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

¹ См.: Еремин В.Н. К вопросу о типологической характеристике современного японского права //Сов. государство и право. 1977. № 3. С. 101.

² Овчинников В. Ветка сокуры. М., 1975. С. 72.

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 лицами¹. 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. Даже рассматриваемые в суде споры в большинстве все же разрешаются примирением.

Японцам кажется, что судебное разбирательство совершенно не соответствует естественному состоянию вещей. Логический принцип противоречия, по которому одна сторона должна обязательно проиграть дело, если другая выигрывает, 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

¹ Японские цивилисты Саказ Вагацума и Тору Ариидзуми, раскрывая понятие сделки, подчеркивают, что «ожидаемый результат достигается в известной мере благодаря действию не правовых норм, а обычаю и морали». И только если с помощью этих средств участник сделки не получает ожидаемого результата, то его можно добиться с помощью судебного решения. См.: Саказ Вагацума, Тору Ариидзуми. Гражданское право Японии. М., 1983. Кн. 1. С. 100.

отношениям и должны регулироваться правилами, относящимися к семье. Но ввиду бесконечного многообразия общественных отношений эти правила, хотя они и проникнуты одним духом, также бесконечно изменчивы. Такие правила не являются законодательными, так как они не содержат основных элементов права. Соблюдение этих правил всегда вызывает стремление удовлетворить чувства соперника. Конечно, само выполнение акта является одним из составных элементов данного правила, но этого недостаточно. Первостепенное значение имеет внутренний настрой исполнителя.

На эту традиционную систему правил - гири - несомненно повлияло конфуцианство¹. 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 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 вопросы².

¹ Подробнее о нормах "гири" см.: *Инако Ц.* Современное право Японии. М., 1981. С. 138-152; *Давид Р.* Основные правовые системы современности. М., 1967. С. 460-465; *Moitry J.H.* Le droit japonais. P., 1988. P. 32-34.

² *Chin Kim, Lawson C.* The law of the subtle mind: The traditional Japanese conception of law // *Intern. and Comp. Law Quart.* 1979. № 3. P. 491-513.

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 века. 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% от общего числа разводов; так же разрешаются разводы о разделе имущества, выплате алиментов или установлении опеки над детьми, так как все эти вопросы решают опять-таки выбранные посредники или друзья супругов. Споры между соседями, участниками договора об аренде тоже разрешаются главным образом путем полюбовной сделки¹.

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 действию норм гири. Однако это не так. Данная система получила развитие в послевоенный период, осо-

¹ См.: Noda Y. Introduction to Japanese law. Tokyo, 1984. P. 113-121.

бенно 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 указываются 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, свобода слова, право на объединение и др.).

Сёгуны 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 Мейдзи. Развитие Японии по капиталистическому пути потребовало и модернизации права. Оно шло в основном путем рецепции европейского права.

2. Становление правовой системы Японии. Влияние романо-германской правовой семьи

Романо-германская модель права была реципирована Японией в конце XIX столетия. В течение сотен лет японское государство сознательно проводило политику изоляции от остального мира. Несмотря на сильное китайское влияние в идеологии, религии, культуре, японское средневековое право сохранило свою оригинальность¹.

Коренные преобразования японского общества начались в эпоху так называемой революции Мэйдзи, когда в 1868 г. была ликвидирована власть военных правителей страны - сёгунов, 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 пере-

¹ *Еремин В. Н.* К вопросу о типологической характеристике современного японского права // *Сов. государство и право*, 1977. № 3. С. 101-102; *Цунэо Инако.* Современное право Японии. М., 1981. С. 129-131.

стройки 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, - отмечает Цунэо Инако, - переместился с французского права к германскому»¹.

По образцу Конституции Пруссии 1850 г. была составлена первая Конституция Японии 1889 г. Германская модель легла в основу Гражданского

¹ Цунэо Инако. Современное право Японии. С. 46. «К концу первой четверти XX в. - констатирует В.Н.Еремин, - германское влияние стало основным и оставалось таким до капитуляции Японии во второй мировой войне». См.: Еремин В.Н. К вопросу о типологической характеристике современного японского права. С. 102.

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 континентального права Японией не следует понимать упрощенно как простую механическую рецепцию западноевропейского законодательства. В области конституционного, семейного, наследственного права понятия императора, семьи имели специфические японские черты¹.

Конституция 1889 г. наделила императора чрезвычайно широкими прерогативами. Он вправе был назначать министров, судей, членов одной из двух палат парламента - палаты пэров. Синтоизм, провозглашенный государственной религией страны, почитал императора как «бога в облике человека». Гражданский кодекс 1898 г. в разделах, относящихся к семейному и наследственному праву, закреплял исключительное положение главы семьи. Без его согласия члены семьи не могли вступать в брак. После смерти главы семьи его права, как и все его имущество, получал старший сын. Жена и все прочие члены семьи от наследования устранились. Жена признавалась недееспособной, а ее имуществом управлял муж. С момента заключения брака женщина становилась членом семьи мужа. Тем не менее институты японского прои-

¹ Цунзо Инако. Современное право Японии. С. 132.

хождения 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, вступившие в силу в 1880 г. Проект Гражданского кодекса, подготовленный им же, и проект Торгового кодекса немецкого профессора 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. Гражданско-процессуальный кодекс 1890 г. во многом представлял собой перевод Германского кодекса. Так или иначе, но законодательная система, сложившаяся в Японии после революции Мейэджи, 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).

3. Современное японское право

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.

Были внесены также важные изменения в текст Гражданского кодекса. В 1947 г. отменяется институт патриархальной семьи, женщина и мужчина объявлялись 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, 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 монополий и обеспечении честной торговой практики 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 и 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 оно проявлялось в конституционном, торговом и уголовно-процессуальном праве¹. 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. Закон о монополиях был скопирован с американских анти-рестовских актов. Влияние американского права бесспорно в послевоенном японском акционерном законодательстве. Значительным воздействием американской правовой системы было в сфере уголовного процесса. УПК Японии 1948 г. под влиянием американских юридических концепций значительно расширил применение принципа состязательности, исключил институт предварительного слушания дел и т.д.

¹ Конституции буржуазных государств. М., 1983. С. 235; Ансель М. Новая социальная защита. М., 1970. С. 146; Law in Japan (The Legal Order in a Changing Society. Cambridge, 1963. P. 274.

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 последовательным¹.

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»².

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

¹ Цунэо Инако. Современное право Японии. С. 135.

² Там же.

своему происхождению нормы в действующей правовой системе страны будет весьма трудно. Их немного. Это редкие вкрапления в европейскую правовую ткань. Не надо забывать, что рецепированное 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, давая другим государствам пример законодательного решения возникающих проблем.

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 целом систему источников, сходную с западноевропейской. Прецедент не стал источником японского права.

РАЗДЕЛ ВТОРОЙ.

ПОСТСОЦИАЛИСТИЧЕСКАЯ ПРАВОВАЯ СЕМЬЯ

ТЕМА 10. ПОСТСОЦИАЛИСТИЧЕСКОЕ ПРАВО КАК ОСОБЫЙ ИСТОРИЧЕСКИЙ ТИП ПРАВА

1. Возникновение и общая характеристика социалистического права

В течение почти всего XX в. наряду с различными 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 помешала видным компаративистам признавать данную систему как реальность, подлежащую сравнительному изучению. Заслуживают внимания характеристики Р. Давидом социалистического права как разновидности правовых семей и его суждения о возможном смягчении различий между ним и другими системами права¹. Не всегда такое обнаруживалось в дискуссиях, статьях и книгах, посвященных советскому социалистическому праву.

Как справедливо отмечает Ю. А. Тихомиров, после распада Союза ССР и других социалистических государств произошла резкая и даже поспешная перемена в оценках социалистического права². 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 стремительном распространении на территорию бывшего Союза ССР принципов, институтов и норм зарубежного права, прежде всего континентальной системы³. Другие обнаруживают преемственность в прошлом и настоящем и призывают к формированию новой правовой семьи⁴. Следует отметить, что фактически целый ряд норм социалистического права был признан в России и сохраняет силу до сей поры при соответствии их Конституции. В ряде стран - Куба, Китай - действуют социалистические конституции и законы.

¹ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1996. С. 112-206.

² Тихомиров Ю. А. Курс сравнительного правоведения. М., 1996. С. 125.

³ См.: Алексеев С. С. Теория права. М., 1994.

⁴ См.: Синуков В. Н. Российская правовая система. Введение в общую теорию. Саратов, 1994.

Все это заставляет нас дать краткую характеристику социалистического права, что позволит оценить возможные пути его эволюции.

Социализм зарождался и строился в странах с различным уровнем экономического и общественного развития, резко различающихся между собой по укладам, историческим и национальным традициям. Социалистические государства существенно различались территорией, численностью населения, историей, степенью социально-экономического, культурного и правового развития. Одни занимали чуть ли не целый материк с многомиллионным населением, другие - небольшую территорию с населением, которое едва превышало миллион или несколько миллионов. Различны были история народов, населяющих эти государства, их верования и традиции. Между отдельными социалистическими странами существовали большие различия в экономике, культуре, праве, в путях и методах решения задач социалистического строительства. Эти различия, обусловленные неодинаковым уровнем экономического, политического и культурного развития различных социалистических стран, свидетельствовали о разновидностях социалистических правовых систем. Различия между социалистическими правовыми системами в основном были обусловлены: **во-первых**, способом их возникновения и развития; **во-вторых**, тем обстоятельством, что они относились к различным этапам строительства социализма; **в-третьих**, особенностями социалистического пути развития.

В теории социалистический тип права утверждался как исторически наивысшая и последняя ступень в развитии права. Он как бы представлял собой логическое отрицание и антипод эксплуататорских типов права. Социалистические правовые системы впервые в истории разработали юриди-

ческие 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 есть средство выражения и закрепления интересов рабочего класса и всего трудового народа. Цели, на достижение которых направлена правовая система, а также средства их достижения формулировались и в принимаемых правовых актах.

Идейную основу социалистических правовых систем составлял марксизм-ленинизм. Он сформулировал важнейшие 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 отношений¹. Они обосновали экономические, политические и идеологические предпосылки необходимости права в социалистическом обществе. Остро критикуя буржуазное право и доказывая необходимость его отмены, они не выступали за ликвидацию всякого права вообще. Основоположники считали, что рудименты старого права должны дать толчок для создания нового права.

Социалистические преобразования изменили экономические основы жизни общества, посягая на частную собственность как таковую, а не только на отдельные ее формы. Такому глубокому перевороту в экономических отношениях не-

¹ См.: Марксистско-ленинское учение о государстве и праве. История развития и современность. М., 1977. С. 162-206.

избежно 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 глубокий переворот в правовой жизни выступал не как простое отрицание старого права, а как переход к новому, 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 возникала не стихийно, а при воздействии 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 им придавалось новое социальное значение.

На становление зарубежных социалистических правовых систем существенное влияние оказала первая социалистическая правовая система - советская¹.

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

Национальные правовые системы зарубежных социалистических стран являлись разновидностями социалистического права, видовым своеобразием структур в рамках социалистического типа права, отражающих различные формы реализации общих принципов социалистического права.

Зарубежные социалистические правовые системы наряду с общими чертами обладали конкретными, своеобразными, национальными свойствами, которые отличают их друг от друга.

Социальные катаклизмы имевшие место в ряде стран Европы, Азии и Латинской Америки привели 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.

Правовая система социализма развивалась и изменялась в ходе исторического развития.

¹ См.: *Сабо И.* Роль советского права в возникновении и развитии венгерского народно-демократического права // Сов. государство и право. 1977. № 11. С. 112-119.

В период диктатуры пролетариата социалистические правовые системы не воплощали в себе волю всех слоев общества, поскольку наряду с рабочим классом и трудовым крестьянством сохранялись остатки эксплуататорских классов. Эти системы были направлены на разрушение буржуазного и создание социалистического правопорядка: на искоренение буржуазной правовой идеологии и воспитание у трудящихся понимания социалистической сущности права, его роли в строительстве социалистического общества.

Становление советской правовой системы начинается с февраля 1917 г., а завершается во второй половине 30-х годов, когда государственная (социалистическая) собственность безраздельно возобладавала 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 Западе буржуазные 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 соци-

алистической правовой системы оказались настолько значительными, что она выделилась из романо-германской правовой семьи и образовала самостоятельную правовую семью - сначала в бывшей РСФСР - СССР, затем в странах Восточной Европы (1945-1950 гг.) и на Кубе (60-е годы).

После второй мировой войны возникла восточноазиатская ветвь социалистической правовой системы: Право КНР, Северной Кореи и Вьетнама развивалось на основе средневекового восточного права, что обусловило его своеобразие и особое положение по отношению к европейско-американской подсистеме социалистического права.

2. Советская правовая система

Официальное советское правоведение утверждало, что в бывшем СССР последовательно реализуется принцип верховенства закона в системе источников права. На самом деле иерархия юридических актов выглядела иначе.

1. В пирамиде системы правовых норм находились те правила, которые принимались высшими партийными инстанциями: гласные и негласные постановления, решения, директивы и прочие, исходившие от Центрального Комитета ВКП(б) - КПСС либо от их подразделений - Политбюро (Президиума), Оргбюро, Секретариата, отделов. В силу сложившегося конституционного обычая эти нормы имели приоритет перед любыми другими. Партийная пропаганда, вопреки фактам, уверяла, будто Коммунистическая партия - это не более чем общественная организация, хотя и особенная. Однако даже писаная Конституция провозглашала совсем иное.

В то время как страны англосаксонской и романо-германской правовых семей переходили к де-

мократическим формам законодательства на протяжении полутора, а то и двух-трех веков, бывший СССР обрел всеобщее (в том числе для женщин) избирательное право почти мгновенно - в ходе преобразований февраля-ноября 1917 г. Естественно, правосознание основной массы населения оказалось абсолютно неподготовленным к реальному народовластию. В этих условиях сами общественные условия требовали фактического сужения круга лиц, по-настоящему участвующих в правотворчестве. Идеи о мгновенном скачке в народоправство разбились сразу, как только столкнулись с подлинными правоотношениями. Не желая отказываться от прежних лозунгов и программных установок, бывшая КПСС, однако, силой обстоятельств стала выполнять функцию прежней, дореволюционной аристократии (конечно, без ее культуры, традиций, образования и на совершенно иной идеологической базе).

Хотя правотворческая задача «пролетарской аристократии» была предопределена 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 бывшего ЦК ВКП (б) - КПСС и бывшего Совета Министров (СНК) СССР. Она стала формой легализации государ-

ственного нормотворчества партийных комитетов и в то же время обеспечивала оперативное решение вопросов управления в годы Второй мировой войны и в послевоенный период. 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 в рамках писаной части советской Конституции. На практике совместные партийно-государственные решения нередко рассматривались правоприменительными органами как надзаконные или «созаконные», что приводило к подрыву принципа верховенства законов.

2. Значительную конкуренцию законам совдепов составляло ведомственное правотворчество. Чтобы замаскировать вопиющие факты попрания авторитета законов, «верхи» стали расширительно толковать понятие «законодательство», с чем поневоле приходилось мириться даже самым квалифицированным юристам.

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 бывшего 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., бывший 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 бывшего Президиума Верховного Совета СССР.

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

Причем главным законодателем в советской - не партийной - части государственного аппарата стала узкая коллегия лиц, избравшихся не населением, а Верховным Советом, а на деле его Президиумом. В бывшей 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 бывшие Президиумы Верховного Совета СССР, а также бывших союзных и автономных республик стали проводиться указы, вносящие изменения и дополнения в законы бывшего СССР и соответствующих республик. Начавшаяся вскоре

Вторая мировая война придала нарождающемуся конституционному обычаю дополнительное обоснование: на войне некогда было созывать сессии парламента, чтобы провести необходимую законодательную меру. В конце 40-х годов практика «указного» законотворчества была легализована поправкой в Конституции. В результате большая часть законодательных норм вводилась посредством указов бывшего Президиума Верховного Совета, санкционированных впоследствии бывшим 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 - вряд ли случайная - открывала широкий путь для ведомственного и парткомовского правотворчества, необходимого в создавшихся условиях. Поэтому качество многих законов и указов оставалось ниже всякой критики.

4. Помимо традиционной не демократичности, неконкретности и засилья общих громких фраз, законодательные акты в бывшем 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 бывшего СССР 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 т. д. Почти 12 лет

(1977-1989 годы) не принимались законы о судебном обжаловании незаконных действий должностных лиц и о всенародном голосовании (референдуме). Благодаря подобному юридическому фокусу многие конституционные декларации оставались на бумаге.

5. Другой бедой 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-х - 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 парткомовского и ведомственного законодательства затрудняло проведение кодификационных работ. Пожалуй, наиболее удачным был опыт НЭПа, когда кодификация завершилась с неслыханной быстротой и охватила все сферы 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 году вышло в свет «Систематическое собрание законов РСФСР».

С образованием бывшего СССР аналогичные работы проводились в сфере союзного законодательства: были приняты Основы судостроительства,

Основы уголовного законодательства, 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 Союза и его республик. Однако крутая ломка общественных отношений, принятая сталинским руководством в конце 20-х - начале 30-х годов, сняла вопрос о комплексной систематизации законодательства с повестки дня. Полную кодификацию советских законов признали нецелесообразной, поскольку она закрепила бы те нормы, которые ушли в небытие с политикой НЭПа.

На протяжении последующей четверти века в бывшем 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 неразбериху не только своим количеством, но и юридическим качеством: немало имелось бессодержательных распоряжений, таких, как «усилить внимание», «обеспечить контроль», «повысить ответственность» и т.п.

Во второй половине 50-х годов возобновилась кодификация. Она началась на союзном уровне и ознаменовалась принятием новых Основ законодательства бывших 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 рес-

публиканских 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 государственного народного хозяйства (до того сохранялись ставшие абсолютно бесполезными нормы нэповских гражданских кодексов, регулировавшие отношения частной собственности и пр.).

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

В 1985 г. завершилось издание десятитомного Свода законов. 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 памятником эпохи застоя. Таким образом, полная кодификация советского права - даже в части официального законодательства, без учета парткомовских 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 XIX столетия, советские правоведы допускали существование обычного и судейского нормотворчества только в порядке исключения и при обязательном сохранении формального верховенства закона. Так, применение обычаев допускалось в морском праве (обычаи порта при морских перевозках) и в земельном (местные правила решения земельных

дел). Гораздо шире - хотя и явочным порядком - применялось прецедентное право: Верховные Суды бывших Союза ССР и союзных республик анализировали судебную практику и на ее основе, а также при рассмотрении конкретных дел издавали постановления, которые имели 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 и конституционный контроль в бывшем СССР.

Согласно Положению о Верховном Суде, принятому в 1923 г., в его задачу входило представление заключений по требованию Президиума ЦИК¹ о законности с точки зрения Конституции тех или иных постановлений ЦИК и Совнаркомов республик, а также СНК. По предложению центральных органов республик или по собственной инициативе Верховный Суд мог далее входить с представлениями в Президиум ЦИК о приостановлении и отмене постановлений, действий и распоряжений центральных органов и отдельных наркоматов бывшего СССР, кроме постановлений ЦИК и его Президиума, по мотивам несогласованности тако-

¹ ЦИК СССР - Центральный Исполнительный Комитет, являвшийся двухпалатным парламентом Федерации в 1924-1936 годах; избирался Съездом.

вых с Конституцией. Таким образом, функции Верховного Суда бывшего 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.

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

Хотя решающие полномочия сосредоточивались в руках Президиума ЦИК, 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 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 уголовного судопро-

изводства бывших Союза ССР и союзных республик 1958 г. и Уголовно-процессуальный кодекс бывшей 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 действительного правосудия. Ни презумпция невиновности, ни состязательность процесса так и не были провозглашены: закон лишь туманно повествовал о некоем «равенстве прав участников судебного разбирательства» - эта формулировка служила фиговым листком для прикрытия фактически преимущественной позиции обвинения.

Суды, как и вся система юстиции, составляли важный элемент командной системы руководства страной. Органы правосудия 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 тем более на практике.

Суды, находясь в центре системы уголовной юстиции, выступали как орган расправы, репрессии, а не как орган 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 подчинялись

данной свыше установке об усилении борьбы с правонарушениями, почти отказались от оправдательных приговоров. Недостаточная требовательность судов к качеству проведенного предварительного расследования провоцировала следователей разнообразнейшими способами вымогать у подсудимых признание вины - эту средневековую «царицу доказательств». Следственный аппарат оказался практически вне судебного контроля. Даже санкцию на арест в советской правовой системе давал не судья, а прокурор. Но большая часть следователей подчинялась прокурору по службе. Значит, прокурор никак не был способен наладить эффективный контроль над укреплением режима законности: ведь надзирать приходилось за самим собой, отвечая в случае объективного подхода к делу за огрехи в работе непосредственных подчиненных.

Широкое распространение получил арест в качестве меры пресечения, даже в тех случаях, когда он не вызывался необходимостью. По существу, арест был универсальной мерой пресечения, при этом нередко нарушались установленные законом сроки следствия и соответственно сроки содержания под стражей до суда. Были случаи, когда люди сидели в тюрьмах по три-пять лет до суда. Необеспеченность прав обвиняемого усугублялась тем, что уголовно-процессуальное законодательство не предусматривало участия адвоката в предварительном следствии, хотя во всех цивилизованных странах это предусматривается (исключение было сделано законодательством только для несовершеннолетних и некоторых других категорий подсудимых, однако и в этом случае допуск защитника на стадии предварительного следствия зависел от усмотрения следователя и прокурора). Отказ подсудимому в праве

пользоваться услугами адвоката на стадии предварительного следствия - наследие сталинско-бериевской «юстиции», серьезно ущемляющее гарантии прав граждан.

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 правящей 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: **во-первых**, неоправданной централизацией правотворчества, препятствовавшей приня-

тию на местах наиболее рациональных управленческих решений; **во-вторых**, несостыковкой юридических норм и новых потребностей хозяйственного развития страны и отдельных предприятий; **в-третьих**, 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 бывшего СССР не сумели ее провести, а в конце 80-х - 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.

3. Европейские постсоциалистические правовые системы

Назначение права как регулятора общественных отношений в силу различно сложившихся традиционно-ценностных ориентаций 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 длительнее, чем древнее и примитивнее социально-экономическая структура. В азиатских странах партикуляризм, свойственный докапиталистическим структурам, превращал традиционализм, включая юридический, в устойчивый идейно-психологический фактор.

Правовые системы современных европейских социалистических государств до социалистической революции относились к романо-германской пра-

вовой семье¹. Вне этой основной характеристики, с точки зрения их юридической истории, они 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 оснований общества, 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 окку-

¹ См.: Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1967. С. 43. 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 (см.: Eorsi G. Comparative Civil (Private) Law. Budapest, 1979. P. 434). В Албании до первой мировой войны действовало обычное право, собранное в законе Leka Dukadjeh 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 ГК 1844 г., в Воеводине применялось венгерское обычное право, в Хорватии и Словении - австрийский ГК, 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.

пация на протяжении веков парализовала эволюцию права. В конце XIX - начале XX вв. после завоевания независимости Балканские страны использовали опыт Центральной и Западной Европы. В конечном счете в первой, и во второй группе стран, хотя и в разной степени, предпринимались попытки создания буржуазного правового государства.

После социалистической ориентации 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 задачам, стоящим перед народной властью. 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 бывшей ГДР по тем вопросам, по которым не были изданы новые законы, до 1975 г. применялись нормы Германского гражданского уложения (1896 г.), 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 конкретным 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 бывшего СССР в европейских социалистических странах сохранилась преемственность и в области судебной практики. Польская судебная практика вплоть до 90-х годов продолжала делать ссылки 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 от того, как произошел социальный 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 новых, 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 кодекса¹.

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 права².

В ходе исторического развития в социалистических правовых системах возникали новые отрас-

¹ См.: *Сабо И.* Социалистическое право. С. 189, 196-197.

² См.: *Сабо И.* Там же. С. 349-354.

ли, причем некоторые из них в одних странах появились на первом этапе правового развития, а в других - значительно позднее.

При делении права на отрасли исходным пунктом 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 подразделении на отрасли права.

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. Болгарский Закон о праве собственности граждан 1973 г. 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 выделяются, как это обычно делается в буржуазном праве), а, во-вторых, выделение таких самостоятельных отраслей, как трудовое и семейное право¹.

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

Бывшая ЧССР - одно из первых в мире государств, принявших закон о международном частном праве, регулирующий отношение национального права к правопорядкам 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 Конститу-

¹ См.: *Сабо И.* Там же. С. 390.

цией 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 бывшей 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 часть¹. Таким образом, федеративная правовая система бывшей ЧССР сохраняла существенные черты, которые определяют ее единство, сложившееся в условиях унитарного государства.

На основании конституционного закона о Чехословацкой федерации вся правовая система была

¹ См.: Гроспич И., Фабян К. Социалистическая демократия и правотворчество // Социализм и демократия. М., 1976. С. 324.

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 бывших ЧССР и СФРЮ вопрос о соотношении законов федерации и ее субъектов решался неодинаково. В Чехословакии, как и в бывшем 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.

4. Правовые системы постсоциалистических 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»¹. Вместе с тем встречалось немало писаных законов, в том числа 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-монгольс-

¹ См.: *Нгуен Динь Лок*. Социалистическое правосознание и правовое воспитание трудящихся (на примере Вьетнама). Автореф. канд. дисс. М., 1977. С. 12.

ки - дзасак - закон, постановление, запрет, наказание) Чингизхана 1291 г., в котором были кодифицированы обычаи, существовавшие в монгольском обществе. «Яса» содержал нормы государственного, административного (налоги, повинности), уголовного, гражданского права. «Великая Яса» Чингизхана 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, по определению Б. Я. Владимирова, «степное феодальное право, получившее санкцию закона»¹. 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 тысячулетнюю 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»², 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-право-

¹ Владимирова Б. Я. Общественный строй монголов. Л., 1934. С.22.

² См.: Hooker M. A concise legal history of South-East Asia. Oxford, 1978. P.

вого 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 я Бали» свидетельствуют о том, что они большей частью копируют 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. При отправлении судопроизводства 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 прослеживается существование правила гипергамии, воспрещающего женщинам брак с мужчинами более низкого, чем у них, сословия¹. По обычному праву кхмеров власть и главенство в семье принадлежали мужчине, вплоть до права продажи жены и детей. Как правило, семья была моногамной.

Вопреки точке зрения некоторых ученых-юристов, основные черты права и множество юридических традиций азиатских стран, несмотря на их многовековые тесные культурные контакты с Ки-

¹ См.: *Седов Д.А.* Ангорская империя (социально-экономический и государственный строй Камбоджи в IX-XIV вв.). М., Наука, 1967, С. 115-125.

таем 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» Чингизхана, 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 государство и право оказывали существенное влияние на развитие государственно-правовых систем отсталых 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, Тонкин. Вместе с тем следует отметить, что различия между той или дру-

гой 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»¹.

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 административной 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, призванный обеспечить такой строй, который на современном языке мы бы назвали тоталитарным, и деспотическую власть правителя.

¹ Hooker M. Op. cit. P. 163.

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 рождения социалистической системы отменялись все предшествовавшие законы. В частности, было принято решение о ликвидации гоминдановского шестикнижья¹. 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 основополагающие 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

¹ Шестикнижье - свод шести книг: Конституции, Уголовного кодекса, Гражданского кодекса, Торгового кодекса. Процессуального кодекса и закона о судостроительстве.

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 кодификацию 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 долголетняя война. Особенности 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 все необходимые условия для создания единой правовой системы.

В последние годы проблема дальнейшего совершенствования законодательства в азиатских социалистических странах приобрела 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 происходит главным образом путем кодификации.

Следует отметить, что кодификация как форма совершенствования законодательства в азиатских социалистических государствах находится еще на начальном этапе. Правда, после принятия в этих

странах новых конституций процесс кодификации стал 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 намечено принять 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.

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 (1949-1957 гг.) - этап становления социалистического китайского права. Принятые временные конституционные акты определяли правовые основы государства. Вместе с тем, как справедливо отмечается в литературе, в Китае 50-х годов отсутствовала целостная правовая система¹. 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

¹ См.: Современное право КНР. М., 1985. С. 24.

умалению роли законодательства в регулировании общественных отношений. Для данного этапа типичными были снижение роли, а затем и прекращение деятельности представительных органов, фактический отказ от соблюдения законности. В период «культурной революции», по существу, были разрушены начинавшие складываться правовые основы государства¹.

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 актов². Так, только по внешнеэкономическим вопросам принято более 50 различных актов³. 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 при-

¹ См.: Современное право КНР. С. 27-29.

² См.: Китайская Народная Республика. Конституция и законодательные акты. М., 1984.

³ См.: *Богуславский М.М.* Проблемы международного частного права в законодательстве и договорно-правовой практике КНР. //Сов. государство и право. 1987. № 3. С. 101-107; *Пащенко Е.Г.* Правовые аспекты политики «открытых дверей» в КНР. //Проблемы Дальнего Востока. 1985. № 1. С. 74-84.

нципа 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 кадров¹.

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 должного поведения, поддерживаемых силой моральной ответственности перед обществом, во-вторых, через систему общеобязательных формально-определенных норм, поддерживаемых силой государственного принуждения.

5. Правовая система Кубы

Правовая система, возникшая на Американском континенте в результате кубинских событий, 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, и центральных органов. Был упразднен репрессивный аппарат.

¹ См.: Современное право КНР. С. 67.

Новое правосудие начало складываться уже в ходе преобразований. Были созданы трибуналы, комитеты защиты, народная милиция, организации молодых повстанцев.

Наряду с военными трибуналами образованы и суды общей юстиции. Организационно общая юстиция мало в чем изменилась после переворота. В этом проявилась одна из особенностей кубинских событий - преемственность в организации некоторых государственных учреждений¹. Впрочем, кубинская система в отличие от прежних социалистических систем не имела заранее созданных народом организаций, которые смогли бы стать основой государственной власти на местах, как бывшие Советы в России или национальные комитеты в Чехословакии и Польше.

В Республике Куба формально старое право не было отменено. Поэтому действующее после переворота право представляло собой сложное переплетение старых² и новых нормативных актов. Так, 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

¹ До переворота юридическое образование на Кубе было популярным, и поэтому имелось достаточное количество юристов-профессионалов, многие из которых участвовали в социалистических преобразованиях.

² 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.

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. В 1973 г. была принята 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 для социалистических конституций 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 средств-

ва производства, на ликвидации эксплуатации человека человеком.

Дальнейшее развитие законодательства страны проходило в соответствии с установками Конституции как высшего звена всей правовой системы Кубы¹.

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

¹ См.: *Тидио Фернандо Альварес*. Комментарий к социалистической Конституции Республики Куба. М., 1986.

сохранности. Значительный интерес представляет и закон об охране окружающей среды и рациональном использовании природных ресурсов¹.

6. Есть ли будущее у социалистического права?

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

1) социалистическое право длительное время считалось классовым, выражающим интересы рабочих и крестьян, трудящихся;

2) право рассматривалось как орудие государственной власти;

3) в праве обеспечивались доминирующие интересы государства и отсюда приоритетная защита государственной собственности;

4) право граждан не получало признания как приоритетное;

5) закон не занимал первенствующего положения в правовой системе, где главенствовали партийно-административные решения;

6) 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

¹ См.: *Топорнин Б.Н.* Послесловие // *Ф.А. Табио. Указ. соч.* С. 325-339.

предпринимательства, появление ряда ранее отсутствовавших институтов торгового права, так и в сфере публичного права, 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?¹ Эти вопросы требуют объективных ответов, ибо без них правовое развитие страны будет стихийным и подверженным любому внешнему воздействию.

В юридической науке и в сфере политики 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 законодательных новелл. Культурно-историческая, религиозно-этическая и морально-психологическая об-

¹ См.: Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. М., 1996. С. 128-129.

щность народов служит фундаментом для этого процесса¹.

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 северной (скандинавской) правовой семье, славянской правовой семьи в сочетании с азиатско-мусульманской правовой семьей, центрально-европейской с тяготением к романо-германской семье. При сильном взаимовлиянии будет трудно жестко структурировать разные правовые семьи, но их мировоззренческие истоки и проявления правопреемственности 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.

¹ См.: Синюков В. Н. Российская правовая система. Саратов. 1994. С. 171-177.

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.

РАЗДЕЛ ТРЕТИЙ.

ПРАВОВАЯ СЕМЬЯ «ОБЩЕГО ПРАВА»

ТЕМА 11. ПРАВОВАЯ СИСТЕМА АНГЛИИ

1. Формирование английского общего права

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

Своими корнями английское право уходит далеко в прошлое. После нормандского 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 руковод-

ствовались 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”¹.

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 статуты².

В XIV-XV вв. в связи с большими социальными изменениями в феодальном 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, приме-

¹ *Kiralfi A. English law // An introduction to legal systems. L., 1968. P. 163.*

² См.: *Решетников Ф. М., Апарова Т. В. Предисловие // Р. Кросс Прецедент в английском праве. М., 1985. С. 16; Precedent in law. Oxford, 1987. P. 44.*

няющих нормы общего права, существовал суд лорда-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".

2. Особенности 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, развивалось по принципу "ibi jus ibi remedium" (право там, где есть защита), поэтому, несмотря на все попытки кодификации (И.Бентам и др.), английское общее право (Common Law), дополненное и усовершенствованное положениями "права справедливости" (Equity Law), 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.

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

В группу английского права входят наряду с Англией Северная Ирландия, Канада, 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.

3. Структура и источники правовой системы Англии

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 - разрешать 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 континентальных 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.

4. Прецедентное право

Рассмотрим некоторые черты прецедентного права Англии. 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. 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 обязательными, 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, то 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 законодателем¹.

Сказанным отнюдь не исчерпываются возможности судебного усмотрения в рамках прецедентного права. Такому усмотрению способствует и

¹ См.: *Апарова Т. В.* Прецедент в современном английском праве и судебное правотворчество // *Тр. ВНИИСЗ.* 1976. Вып. 6. С. 174.

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) - правовоположение, 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. 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"¹. Для того чтобы издать подобный акт, исполнительный орган должен был быть наделен соответствующим полномочием statutory powers, которое делегирует ему парламент. Поэтому нормот-

¹ Cranston W. Recent developments in English law and practice //Droit et pratique commerce intern. 1986. № 2. P. 273-284.

ворчество 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"¹.

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, как уже отмечалось, суд официально имеет право отмены, признав акт *ultra vires*. В отношении остальных исполнительных актов суд может отменять их и не обращаясь к доктрине *ultra vires* по самым разным основаниям.

¹ Уолжер Р. Английская судебная система. М., 1980.

5. Правовая система Шотландии

Шотландская правовая система, как и английская, складывалась в процессе длительной 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 судьи (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 римскому праву. 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 правовой терминологии, в делении права на публичное и частное.

В то же время 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 континентальному, 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:

во-первых, в отличие от Англии, в Шотландии не было дуализма гражданского права в виде параллельной общему праву системы норм права справедливости;

во-вторых, в Шотландии не получили развития искивые приказы, как это было в Англии;

в-третьих, 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 континентального права. Шотландская правовая система, отличаясь от английской, не копирует и романо-германскую. 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 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 Шотландии¹.

Доктрина прецедента начала складываться в Шотландии после ее насильственного присоединения к Англии. Она фактически не отличается по содержанию от английской, хотя и имеет свои особенности². С установлением права палаты лордов рассматривать шотландские апелляции по гражданским делам ее решения безусловно обязательны для судов Шотландии. Между тем решения палаты лордов по делам, рассмотренным английскими судами, не являются обязательными в Шотландии. При этом прецеденты, относящиеся к нормам, аналогичным в двух регионах, обладают особой убеждающей силой. Решения других шотландских и английских судов не обязательны друг для друга, хотя относятся к категории «убеждающих» прецедентов (взаимно), особенно если эти прецеденты интерпретируют статуты Соединенного Королевства в тех сферах, где желательна единообразия (например, в налоговом праве)³. 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 Соеди-

¹ The Legal System of Scotland. Edinburgh, 1973. P. 2-3.

² См.: Кросс Р. Прецедент в английском праве. М., 1985. С. 39-40.

³ Walker D. The Scottish Legal System. Edinburgh, 1981. P. 370.

ненное 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 в настоящее время. 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 сообществ.

ТЕМА 12. ПРАВОВАЯ СИСТЕМА США

1. Формирование американского права

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 враждебное¹.

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 права.

Английское право применялось с оговоркой «в той мере, в какой его нормы соответствуют условиям колонии» (так называемый принцип «дело Кальвина»)².

Американская революция выдвинула на первый план идею самостоятельного национально-американского права, порывающего со своим «английским прошлым». Принятие федеральной писаной Конституции 1787 г. и конституций штатов, вошедших в состав США, было первым и важным шагом на этом пути. Предполагался полный отказ от английского права, а вместе с ним от принципа прецедента и других характерных

¹ Некоторые американские ученые-юристы считают, что право США начало формироваться с 1800 г. В работе К. Ллевелина «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. См.: *Llewellyn K. The Common Law Tradition: Dealing appeals.* N.Y., 1960. 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 гг. - характеризуется рядом изменений в прецедентном праве. Со второй половины XIX в. до настоящего времени продолжается четвертый этап. См.: *Богдановская И. Ю. Прецедентное право.* М., 1993. С. 181-182.

² *Pound R. The Formative era of American Law.* Boston, 1938. P. 24; *Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности.* М., 1996. С. 269-270.

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 счетов¹.

Одно из таких различий², причем весьма существенное, связано с федеральной структурой США. Штаты, входящие в состав США, наделены весьма широкой компетенцией, в пределах которой они создают свое законодательство и свою систему прецедентного права. В связи с этим можно сказать, что в США существует 51 система права - 50 в штатах и одна федеральная.

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

Ежегодно в США публикуется свыше 300 томов судебной практики, и, несмотря на широкое ис-

¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1996. С. 275-276. Об историческом развитии правовой системы США см.: Aumann F. The changing American legal system. N. Y., 1969. P. 101-106; Llewellyn K. The Common Law Tradition: Dealing appeals. N. Y., 1960; Gilmer G. The ages of American Law. L., 1977; Schwartz B. American legal history. N. Y., 1962; Nelson W. Americanization of Common Law. N. Y., 1975; Horwitz M. Y. The transformation of American Law: 1780-1860. Cambridge, 1977.

² Английское и американское право никогда полностью не совпадали. См. об этом: Pound R. The Deviation of American Law from English Law // Law Quarterly Review, 1951. N 67. P. 46-66; Kahn-Freund A. English Law and American Law. Some comparative Reflections // Essays in Jurisprudence in honor of R. Pound. 1962. P. 362-409.

пользование современной компьютерной техники, поиск прецедентов продолжает оставаться нелегким делом¹.

Решения Верховного суда США публикуются в нескольких изданиях: «US Law Week», «United States Reports» и др. С 1882 года 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 связа-

¹ Mermin S. Law and the legal system // An introduction to legal systems. P. 64

ны своими собственными прецедентами. Отсюда их большая свобода и маневренность в процессе приспособления права к изменяющимся условиям в зависимости от конкретных условий места и времени¹.

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 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 вопросов².

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 Англии³. Это связано прежде всего с наличием писаной конституции, а точнее, целой системы конституций. Как отмечалось выше, штатам предоставлена достаточно широкая законода-

¹ Так, Верховный суд США в деле *Hertz v. Woodman* (1910 г.) определил, что правило *stare decisis*, хотя оно и направлено на установление единообразия решений и достижение постоянства, все же не является жестким. Следовать или отходить от предшествующих решений - вопрос, который оставлен на свободное усмотрение суда. См.: *Pomorski S. American common law and the principle nullum crimen sine lege*. Warszawa, 1975. P. 47.

² *Кросс Р.* Прецедент в английском праве. М., 1985. С. 37.

³ О статутном праве Англии см.: *Богдановская И. Ю.* Закон в английском праве. М., 1987.

тельная 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 штатах - 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 системы. Презюмируется, что законодатель хотел воспроизвести в кодексе прежние нормы, созданные практикой»¹.

Особой формой кодификации в США стало создание так называемых единообразных законов и кодексов, цель которых - установить возможное единство в тех странах общего права, где это особенно необходимо. Подготовку проектов таких законов и кодексов осуществляет Общенациональная комиссия представителей всех штатов совместно с американским Институтом права и Американской ассоциацией адвокатов. Для того чтобы про-

¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. Соч. С. 305. См. также: *Coor Ch. The American codification movement*. Westport, 1981. P. 234.

ект стал законом, он должен быть принят в качестве такового штатами¹.

Среди такого рода кодексов первым и наиболее известным является Единообразный торговый кодекс, который был официально одобрен в 1962 г. В нем 10 разделов и 400 статей. Он 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 Луизианы².

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 США³.

¹ Конференция впервые была создана в 1892 г. по инициативе Американской ассоциации адвокатов; свое сегодняшнее название она получила в 1912 г., то есть когда в ней были представлены все штаты. Она рекомендовала к принятию в 1962 г. 68 единообразных законов и 18 типовых законов. См.: *Day J.M. The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws // University of Florida Law Review. 1955. N 8. P. 276-280; David R., Jauffret-Spinosi C. Les grands systemes de droit contemporains. 10-e ed. Paris, 1992. P. 363.*

² См.: Единообразный торговый кодекс США // Пер. с англ. М., 1969; *Faensworth E.A. Le droit commercial aux Etats - Unis // Revue international de droit compare. N.Y. 1962. P. 309.*

³ Издание «Restatement of the Law» свидетельствует, что в 95-98% случаев решения судов различных штатов совпадают. См.: *Goodrich H. Restatement and Codification // Field Centenary Essays. 1949. P. 241-250.* 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 (rest-titution), трактату, судебным решениям.

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

Значительно меньше роль обычая в сфере частного права, где он выступает в виде так называемых торговых обыкновений, которые определяются как сложившаяся практика, или порядок деловых отношений, и в таком качестве оказывают нормативное воздействие не только на развитие соответствующих общественных отношений, но и на решение возникающих в этой связи споров. «Можно констатировать, 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»¹.

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 изменени-

¹ Гуценко К.Ф. Уголовная юстиция США. М., 1979. С. 23.

ям. 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 конституций штатов), а также рядом особенностей социально-экономического и политического развития.

2. Понятие и основные категории правовой системы США

«Юридическая терминология в ряде случаев свидетельствует о различии двух правовых систем, а в ряде случаев, 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 в Англии и Америке. Иностранному юристу должно быть известно и не пользоваться английским правовым словарем при изучении тех или иных вопросов американского права»¹.

В американской юридической литературе нет единства мнений в отношении определения понятия правовой системы. Несмотря на обилие 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, если соблюдены следующие условия:

¹ David R., Jauffret-Spinozi C. Les grands systemes de droit contemporains. 10-e ed. Paris, 1992. P. 341.

во-первых, в обществе существуют законы;
во-вторых, в обществе существуют учреждения, которые создают и изменяют законы;
в-третьих, в обществе есть учреждения, которые определяют нарушения законов;
в-четвертых, в обществе функционируют учреждения, обеспечивающие применение законов и разрешающие споры между индивидами»¹.

Из этой цитаты следует, что понятием правовой системы автор фактически охватывает право, правотворчество и правоприменение. Последний блок этой системы имеет свою собственную структуру.

Еще более четкое определение правовой системы приводится Дж. Тернером . «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»². Анализируя связь этих структурных блоков в единую систему, Д.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,

¹ *Martin P. Goffing. Philosophy of Law. New Jersey: Prentice Hall Inc. 1975. P. 11.*

² *The Sociology of Law. A Social Structural perspective //Ed. By William P. Evans. N.Y., 1980. P. 377.*

... развитие правовой системы при соответствующих условиях может создать институциональные отношения, которые ускоряют развитие в нашем обществе»¹.

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»².

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

В американской юридической литературе нет единодушия и по этой проблеме. Так, в исследовании американского права, подготовленного 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 женщин, право корпораций, банковское право, долговое право и кредитование, право собственности и обязательственное право, завещательное право, юридическое образование, юридическая профессия, 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 лица-

¹ Ibid. P. 378.

² Lawrence M. Friedman. American Law. N. Y.; L., 1984. P. 4.

ми. 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»¹.

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

¹ *Coughlin G.G. Your Introduction to Law. N. Y., 1983. P. 6.*

отличного от юридического мышления ученых и практиков стран других правовых семей, в том числе Узбекистана.

Интересен подход к изучению правовой системы, предложенный профессором Л. Фридмэном. В частности, он считает, что сюда относятся структура, сущность и культура¹. К структуре он относит «скелет, ту ее внутреннюю часть, которая существует неопределенно длительное время и придает форму всему понятию в целом»². 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»³.

«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»⁴.

¹ Lawrence M. Friedman. American Law. N. Y. L., 1984. P. 5-8

² Ibid. P 5.

³ Ibid. P 6.

⁴ Ibidem. Фридмэн Л. Введение в американское право. М., 1993. С. 108.

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 континентального 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: *в-первых*, оно часто используется для обозначения права страны или ее части в противоположность международному праву; *во-вторых*, 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*»¹.

3. 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 исполнительной власти, обычай и право справедливости.

Судебный прецедент. Американская правовая система своими корнями уходит в английскую систему общего (прецедентного) права. Основопологающим 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 страны².

¹ Lawrence M. Friedman. American Law. N. Y.; L., 1984. P. 5.

² Подробнее об этом см.: Богдановская И. Ю. Прецедентное право. М., 1993. С. 184-198; Никифорова М. А. Судебный прецедент в конституционном праве США: Автореф. дисс... канд. юрид. наук. М., 1978.

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 под корпусом общего права, - закон романского типа, который не преследует непосредственную цель рассмотрения споров, а устанавливает нормы общего характера об организации и поведении администрации¹.

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 силы².

Однако толкование законов и практики их применения определялись 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.

¹ *David R., Jauffre-Spinosi C. Les grands systemes de droit contemporains. 10-e ed. Paris, 1992. P. 356.*

² *Фридман Л. Введение в американское право. М., 1993. С. 151.*

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.

Административное нормотворчество органов исполнительной власти представляет 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 подменяют¹.

¹ 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. См.: *David R. Jauffret-Spinosi C. Les grands systemes de droit contemporains*. 10-e ed. Paris, 1992. P. 362.

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 писанным, основанным на кодексах, либо не писанным 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)¹. Оно возникло и существовало в Великобритании, параллельно с общим правом и было своеобразным

¹ 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».

дополнением к нему¹. 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 другу. Поэтому концепция права справедливости получила в Америке распространение, которое вызыва-

¹ 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 таких решений, 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. См.: *David R., Jauffret-Spinozi C. Les grands systemes de droit contemporains*. 10-e ed. P. 281; 284. Об истории английского права см.: *Kiralfi A. The English Legal System*. L., 1990; *James Ph. S. Introduction to English law*. 12-e ed. L., 1989; *David R., Blanc-Jouvan X. Le droit anglais*. 7-e ed. Paris, 1995.

ет удивление английских юристов. В частности, дела о признании недействительности брака рассматривались именно подобным образом, пока не появился на свет соответствующий закон¹.

4. Современные тенденции развития американского права

Анализируя соотношение между источниками американского права, нельзя не обратить внимание на рост удельного веса законодательства и нормативных актов органов исполнительной власти. Основываясь на этом факте, некоторые ученые-юристы 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 однозначной 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 в том случае, когда на него

¹ *David R., Jauffret-Spinozi C. Les grands systemes des droit contemporains. 10-e éd. Paris, 1992. P. 340; Sereni A. P. L'equity negli Stati Uniti // Studi di diritto comparato. Il diritto degli Stati Uniti Padova, 1958. P. 65-147.*

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 с 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 Конституции и конституций американских штатов, так и всего спектра внутренних противоречий и юридических проблем современного американского общества.

ТЕМА 13. ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ СТРАН БРИТАНСКОГО СОДРУЖЕСТВА

1. Географическое распространение английского общего права

Английское общее право широко распространилось на многие страны мира в результате английской колонизации¹. Не менее четвертой части правовых систем современности - это правовые системы стран, входящих в Британское Содружество².

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 включают в своей состав английское общее право. Именно это обстоятельство придает черты сходства национальным правовым системам в Содружестве.

¹ *Graveson R.* De l'influence de la common law sur les systemes de droit civil existant dans le Commonwealth britannique // *Revue International de droit compare.* 1953. № 4.

² *Крылова Н.С.* Содружество наций: политико-правовые проблемы. М., 1991. С. 6; 80-83.

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

Другую группу колоний составляли коронные колонии, т.е. территории, приобретенные путем завоевания или цессии и подчиненные британской короне. В случае, если в коронной колонии не имелось правовой системы, применялось исключительно английское право. В тех коронных колониях, которые до этого были заселены местным населением и в которых уже имелась своя правовая система, продолжало действовать существовавшее до этого право, за исключением случаев его изменения короной. Короне здесь не принадлежала абсолютная власть¹. Английское право применялось также по отношению к англичанам, проживающим в коронных колониях (например, браки совершались по английскому праву).

¹ Stephen's commentaries of the laws of England. L., 1950. P. 589.

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 настолько возможно ближе к интерпретации его судами метрополии»¹.

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 законодательными органами, либо приказами в Совете, учреждающими колонию. В них содержалась общая формула, согласно которой «такие законы Англии, которые существовали, когда колония получила местную законодательную власть... 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 независимости указы в Совете о Конституции закрепляют принцип

¹ Кросс Р. Прецедент в английском праве. М., 1985. С. 41.

континуитета. Обычно в приказе содержится формула, согласно которой существующее право продолжает оставаться в силе и после введения в действие настоящего приказа. Приказы в Совете объясняют, что понимается под термином «существующее право». Подчеркнем еще раз, что понятие «право» включает как статуты (акты парламента и делегированного законодательства), так и судебные прецеденты. Особенно велико влияние прежнего права в отраслях, возникших задолго до образования независимого государства (уголовное, гражданское)¹.

Таковы исторические корни и механизм превращения английского общего права в один из элементов действующей национальной системы права. 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.

2. Классификация национальных правовых систем стран Британского Содружества

В настоящее время во всех странах Содружества в той или иной форме, в том или ином варианте 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

¹ См.: Крылова Н.С. Указ. соч. С. 249.

национального права. 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, Мальдивские острова (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).

В других странах Британского Содружества английское общее право дополнено законодательными актами или кодексами в отдельных отраслях права и областях правового регулирования¹.

Правовая система австралийских штатов основана на английском общем праве, а в некоторых 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 Тонге английское право применяется в тех случаях, когда нет соответствующих норм.

Правовая система Западного Самоа включает в число действующих источников национального

¹ См.: Крылова Н.С. Указ. соч. С. 250-252.

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 условиями¹.

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 статутов общего применения, действовавших в Англии на 1 января 1961 г., а также с принципами английского общего права и доктринами справедливости. Местный обычай применяется туземными судами в отношении развода и споров, возникающих из зарегистрированных договоров.

В Тувалу наряду с нормами английского права (статутами, общим правом, а в некоторых областях права с правом справедливости) действуют

¹ Крылова Н. С. Указ. соч. С. 252.

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 обычное право. Оно может использоваться и другими судами в случае его соответствия обстоятельствам дела.

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

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

Весьма своеобразна правовая система Науру. В стране применяются: принципы и нормы общего права и права справедливости, имевшие силу в Англии на определенную дату; некоторые статуты Австралии, Квинсленда и Папуа; «части актов, статутов и законов Англии», действовавшие в Квинсленде на определенную дату, а также обычаи коренного населения¹.

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

¹ Там же. С. 253.

3. 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 Англии¹. 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»².

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 Англии³.

¹ Commonwealth Law Bull. 1985. N 2. P. 1.

² Конституционное право развивающихся стран. М., 1987. С. 153.

³ См.: Там же.

Взаимное использование прецедентов в судебной практике стран Британского Содружества не означает, что складывается одинаковое для всех общее право Содружества¹. Иностраные прецеденты не имеют обязательной силы на территории страны, если это специально не оговаривается национальным законодательством. В 1963 г. Высший суд Австралии специально установил, что прецедент, имеющий руководящее значение для английского уголовного права, не должен толковаться в качестве обязательного для Австралии².

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 дается 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*)³. Издатели «Бюллетеня права Содружества» констатировали, что в последнее время наблюдается подъем интереса к «правовому наследию Содружества»⁴. 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»).

¹ См.: Крылова Н.С. Указ. соч. С. 256-257.

² См.: Кросс Р. Указ. соч. С. 41.

³ Kamanda A.M. Law of Commonwealth //The Commonwealth in the 1980s. P. 134; Commonwealth Law Bull. 1985. N 2. P. 8.

⁴ Commonwealth Law Bull. 1985. N 2. P. 1.

Поддержке общего правового наследия способствует подготовка специалистов по разработке законодательства по конкретным вопросам¹. В этом же направлении действуют многочисленные конференции и встречи министров юстиции и должностных лиц, связанных с управлением в области юстиции в странах Британского Содружества. Следует упомянуть, что начиная с 1964 г. в Лондоне ежегодно проводятся курсы для обучения юридических советников правительства стран Содружества². 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. Эта работа касается не только стран-членов, но и мирового сообщества в целом. Она

¹ 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 английским законы о компаниях действуют в других странах Содружества (Австралия, Гана, Канада, страны Карибского бассейна).

² Их посетило более 450 юристов (Commonwealth Law Bull. 1988. N 4. P. IV). См.: Крылова Н. С. Указ. соч. С. 258.

связана со стремлением Британского Содружества играть более активную роль в решении глобальных проблем современности.

4. Особенности национальных правовых систем Канады, Австралии и Новой Зеландии

А. 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 регулирова-

ние 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 детерминируется 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 Уэллс 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 семьи утвердилось достаточно основательно. Так, 50% прецедентного права Новой Зеландии проистекает из Соединенного Королевства, 10% - из Австралии, определенная часть (точных данных нет) - из Канады¹. 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%)².

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 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

¹ New Zealand Law Journal, October, 1983. P. 297.

² Ibidem.

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 более актуальной 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 1962г. и др.), а о взаимодействии национальных правовых систем с обычным правом коренного населения. Несмотря на то, что белые колонисты 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 1894г. был создан апелляционный суд Маори. При рассмотрении 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 раздельно¹.

В Австралии к концу XIX в. сложилась единая правовая система для всех жителей - белых и цветных².

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 Квисленде действует суд по делам аборигенов и островитян Торресова 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 десяти провинциях действует общее право, а в

¹ O'Keef, F. Introduction to New Zealand law. 1976. P. 34.

² Kirby M. T.F.H. Strehlaw and aboriginal customary laws // Adelaide Law Review. V. 7, V. 2. 1980.

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 одной 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 закреплен 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, касающихся характеристик правовых систем начиная с источников.

Б. Источники права Канады, Австралии и Новой Зеландии

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 дебатированных 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 разработанны 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 содержат некоторые общие положения, касающиеся 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, также содержатся в форме 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 про-

чение закона в свою очередь становилось прецедентом. Прецедент довлел над писанным 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 развитие¹.

В правовой семье общего права конституция занимает особое место. Идея верховенства конституции здесь столкнулась с правовой деятельностью, определяемой господством прецедента. В настоящее время 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

¹ *Mc Whinney E.* The constitutional patriation project // *American journal of Comparative law.* 1984. N 2. P. 258.

может принимать законы по любому вопросу, какой сочтет нужным; никакой орган не может поставить под сомнение действительность актов парламента. Из этого принципа вытекает самое важное 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 законодательные 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 парламента́ского 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 законо-

дательствования 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 парламента штатов федеральному парламента; в Канаде ни Конституцией, ни последующей судебной практикой подобное положение не установлено.

Законодательный бум носит чисто количественный характер, он не затрагивает увеличение 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 143¹.

С ростом количества законов обостряется проблема их систематизации. В отличие от главы Содружества, 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 реаль-

¹ Yifford D., Yifford K. Our legal system. 1981. P. 9.

ное 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 ставилось под сомнение. В отличие от романо-германской правовой семьи исполнительные органы стран общего права не имеют полномочия издавать «акты во исполнение закона». Для того чтобы издать акт, исполнительный орган должен быть наделен соответствующими законодательными полномочиями, что делает парламент 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 источни-

ком 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.

В. Судебная система Канады, Австралии и Новой Зеландии

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 судоустройстве 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 судеб-

ным 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. Кроме того, большинство уголовных дел рассматриваются в магистратских судах (около 90%), где жюри не заседает. В них дела рассматриваются мировыми судьями, 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 откло-

нено. По ряду правонарушений присутствия присяжных требует закон, но по договоренности сторон возможно рассмотрение дела и без них. Вердикт присяжных выносится или большинством голосов (Альберта, Онтарио, Квебек, Новая Зеландия), 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 1701г.). Судьи назначаются генерал-губернатором по представлению парламента.

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

тивной юстиции, процедура деятельности наиболее разнообразна, 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 них, в частности, установлено, что лица, которые в связи с 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 1969г. 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.

РАЗДЕЛ ЧЕТВЕРТЫЙ. РЕЛИГИОЗНЫЕ И ТРАДИЦИОННЫЕ ПРАВОВЫЕ СЕМЬИ

ТЕМА 14. МУСУЛЬМАНСКОЕ ПРАВО

1. Понятие и особенности мусульманского права

Мусульманское право как система норм, выражающих в религиозной форме в основном волю религиозной знати и в той или иной степени санкционируемых и поддерживаемых теократическим мусульманским государством, в своей основе сложилось в эпоху становления феодального общества в Арабском халифате в VII-X вв. и основано на мусульманской религии - исламе.

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

на создание нового права, а лишь на то, чтобы приспособить данное богом право к практическому использованию.

Поскольку согласно исламу мусульманское право отражает волю Аллаха, оно охватывает все сферы социальной 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 обычаи¹.

Шариат 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). Эти две части шариата составляют предмет юридической науки в том виде, в каком она была определена и изучена различными мусульманскими правовыми школами. Изучение государства не является частью мусульманской юридической науки.

Основная функция фикха состоит в сохранении неразрывных связей между законодательством мусульманского государства и его первичными ис-

¹ См.: Сюкияйнен Л.З. Мусульманское право: Вопросы теории и практики. М., 1986. С. 4.

точниками. 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, он получил очень широкое распространение. Спустя столетие после смерти 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 страны (а нередко не только арабские) официально называются исламскими государствами. 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 1 млрд. человек, исповедующих ислам. 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 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 новой 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, сформулиро-

ванные 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 западного 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 закона¹. При рассмотрении дела судья никогда не обращается к Корану или сунне - преданиям о пророке. Вместо этого он ссылается на автора, авторитет которого общепризнан. 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. Тем не менее 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, ни-

¹ *Schacht J. Introduction to Islamic law. Oxford. 1966. P. 5.* Подробнее об этом см.: *Сюкияйнен Л.Р. Доктрина как источник мусульманского права // Источники права. М., 1986. С. 65-83.*

когда не отвергая их прямо и не изменяя их привычного звучания¹. Этому способствовали сравнительно медленные темпы общественного развития, господство религиозной формы общественного сознания.

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

2. Формирование мазхабов и источников мусульманского права

Как уже отмечалось, история мусульманского права начинается с Корана - собрания изречений 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 Мухаммед, будучи судьей. Согласно Корану, в этой роли Мухаммед всегда исходил из положений обычного права, изменяя его только тогда, когда оно казалось

¹ См.: Хайдарова М.С. Основные направления и школы мусульманского права // Мусульманское право. М., 1984. С. 47.

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 о пророке Мухаммеде. Сунна явилась итогом толкования Корана в первые десятилетия после смерти пророка, отразившего политическую и религиозную борьбу вокруг его наследства.

Юридические нормы, содержащиеся в Коране и сунне, мусульманские ученые 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

классовые интересы феодалов, 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 (толки, масхабы), которые оказали огромное влияние на дальнейшую эволюцию мусульманского права.

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

К концу IX в. появились еще две 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 - в Северной, Западной и Центральной Африке, ханифитская - на Ближнем и Среднем Востоке (особенно в Египте, Ливии и Афганистане) и в долине Инда, шафиитская - в Восточной Африке, Малайзии и Индонезии, ханбалит-

ская - в Саудовской Аравии. Каждая из этих школ права признавала законность других.

Тем не менее многочисленные точки зрения отдельных ученых и школ на доктрину породили опасение, что мусульманское право распадется из-за избытка частных мнений. Чтобы избежать этого риска, Аш-Шафии создал учение о четырех корнях мусульманского права. В результате юристы получили твердое общее обоснование правовой оценки. Первым корнем мусульманского права, естественно, является Коран. Вторым корень - сунна, т.е. рассказы о жизнедеятельности пророка, столь важные для интерпретации и прояснения правил Корана. Третьим корень - иджма: согласие, достигнутое всем мусульманским сообществом по вопросу об обязанностях правоверного. Четвертый и последний корень - аналогии (кияс), т.е. применение к новым сходным случаям правил, установленных Кораном, сунной или иджмой. В ходе дальнейшего развития 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 школы, считается правилом.

Из четырех корней важнейшее значение имеет согласованное заключение правоведов, 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 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 правовые школы приняли классическое учение о корнях 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 праву, почитаемых в отдельных правовых школах. Таким образом, мусульманская правовая мысль постепенно стала сугубо догматической, что, вероятно, способствовало в дальнейшем развитию некоторых отраслей права вне шариата.

Все еще безоговорочно признавалось, что халиф как глава правительства полномочен передавать административные конфликты на рассмотрение специализирующихся в этих отраслях судей и указывать 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 областью частного права.

Непременность догматов веры и фактическая неподвижность 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 выплачи-

ваемой только по истечении срока ссуды. Такие “правовые уловки” (хиял) позволяли судам не нарушать установившихся обычаев и вместе с тем придерживаться установлений шариата¹.

До начала XIX в. социально-экономическое положение народов мусульманского мира изменялось очень медленно и шариат, несмотря на неизменность его догматов, 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 государственного управления и права. Естественно, все предложения о реформе в государстве 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 прошлого века, 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 так называемая Маджалла (1869-1876 гг.) - закон из 1850 статей. Это была попытка укрепить мусульманское право собственности и обязательственное право на основе выводов ханифитской школы.

¹ *Coulson N. A history of Islamic law. Edinburgh, 1964. P. 138; Schacht J. Op. cit. P. 78.*

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.

В регионах, непосредственно контролируемых колониальными властями, развитие системы 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 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 западному, в частнос-

ти французскому, образцу. В тот же период Египет перенял в общих чертах французский Торговый кодекс. Так появилась отрасль торгового права, доселе 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 западного образца.

Эти кодексы, если не считать нескольких включений и фрагментарных правовых понятий, имели мало общего с нормами собственности и обязательств, которые отстаивает ханифитская школа мусульманского права. Однако кодексы не затрагивали 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: дают женам определенные права на развод;

ограничивают возможности родителей и опекунов устраивать несовершеннолетних; ограничивают полигамию, определяют условия развода мужа с женой в одностороннем порядке. Ни в одной из указанных стран не посчитали, что эти реформы требуют отказа от шариата как основы семейного права и замены его чем-то совершенно новым. Только Турция сочла необходимым пойти на такой решительный шаг: швейцарский Гражданский кодекс, заимствованный в 1926 г., привел к резкому разрыву с традиционными мусульманскими представлениями в семейном и наследственном праве, но он с большим трудом воспринимался населением и был затем довольно существенно подправлен законодателем и судебной практикой¹.

Чтобы оправдать законодательные новшества в глазах правоверных, 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 только 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

¹ *Chehata Ch. Etudes de droit musulman. P., 1971. P. 83.*

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 автора, известного из 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 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 уменьшались, а само это право, по своей внешней форме во всяком случае, также восприняло кое-что от европейских кодификаций. Однако обе эти тенденции не следует преувеличивать, особенно в свете той волны активизации ислама, которая в последние десятилетия характеризует политическую жизнь многих государств. Эта активизация сопровождалась и требованиями отказа от западных правовых моделей, полного восстановления всех норм и принципов мусульманского права.

3. Основные отрасли мусульманского права

В трудах мусульманских юристов отсутствует классическое деление на публичное и частное право. Глава следует за главой без всякого логическо-

го 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 право¹.

Мусульманское уголовное право основано прежде всего на различии между твердо установленными (худуд) и дискреционными (та'зир) наказаниями. К установленным - весьма жестким - мерам наказания приговаривают только за шесть преступлений: 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 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, и 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, о чем гово-

¹ О месте государственно-правовых проблем в мусульманском праве см.: Слюкьяйнен Л. Р. Мусульманская государственно-правовая доктрина // Современное буржуазное государственное право. М., 1987. Кн. 1. С. 277 и след.

рилось выше, прошел процесс исламизации уголовного права. Принятая в 1979 г. Конституция Исламской Республики Иран провозгласила, что все законодательство, в том числе уголовное, должно соответствовать шариату, а суды в борьбе с преступностью обязаны применять установленные им меры наказания. 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 плетью, побитие камнями, наказание по принципу Талиона). Процесс исламизации уголовного права затронул и другие страны (Пакистан, Судан, Мавритания). Наиболее активно применяются уголовные нормы шариата в странах Аравийского полуострова.

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

Сегодня 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 джаффаратские 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 более широка и включает рассмотрение гражданских и уголовных дел. Как правило, к судьям предъявляются высокие квалификаци-

онные требования в плане их религиозно-правовой подготовки.

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

Мусульманское право, неоднократно испытывавшее зарубежное влияние, остается самостоятельной правовой семьей, оказывающей воздействие на миллионные массы людей.

ТЕМА 15. ИНДУССКОЕ ПРАВО

1. Понятие, особенности и формирование индусского права

В настоящее время индусское право распространяется на 300-500 млн. 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 местожи-

тельствва ко всем индусам, т.е. к тем, кто принимает сложную 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.

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 верований¹.

Основу индуизма составляют учения о перевоплощении душ и карма. 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 поразитель-

¹ См.: *Derret J. Essays in classical and modern Hindu law. Leiden, 1978*

ными добродетелями и благочестием, то он может питать надежду, что родится заново в более благоприятных обстоятельствах, возможно, как член высшей касты. Он может также надеяться, что его душа освободится из вечной круговерти жизни и смерти и станет частью божественной природы в виде высшего духовного бытия. Это учение является основой, вернее, оправданием кастовой структуры индусского общества, которая присуща индуизму, будучи его религиозной, философской и социальной системой.

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

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

Нарушение этих правил на протяжении длительного времени влекло за собой правовые последствия, признаваемые в судах. Так, индийские суды пользовались сложной системой правил, определяющих, когда смешанный брак между членами разных каст признавался действительным и каково правовое положение детей, родившихся от таких браков. Такая практика сохранялась до принятия в 1949 г. закона о действительности индусских бра-

ков, 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”¹.

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 политическую структуру, кастовая система переживает коренные перемены.

Главная особенность 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.

¹ Guide to the study of Hindu law. Bombei, 1959. P. 87.

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 их религии и права, их практическое влияние на духовную жизнь индуcского населения было весьма незначительным.

Древнейшие произведения индуcской 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 индуcскому 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 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 санскрите дхарма - не делают четкого различия между требованиями религии, морали и права.

Дальнейшее развитие права связано с дхармашастрами¹ - обширными сводами правил дхарма, которые приписывают известным ученым. 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

¹ "Дхармашастры, - пишет О.А. Жидков, - представляли собой своеобразную ступень в развитии формы права, когда неписанные правовые обычаи сменяются не государственными установлениями (законами)... а сборниками религиозно-правовых предписаний, санкционированных государственной властью" (Жидков О.А. История государства и права Древнего Востока. М., 1965. С. 82).

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 достаточно развития¹. Ярким показателем сравнительно высокой степени развития индусского права еще в древний период служит наличие в дхармашастрах вполне зрелых по содержанию логических правовых определений.

Если в древнем Риме появление достаточно зрелых правовых конструкций, т.е. развитие права, сопровождалось освобождением его от религиозных форм, то в древней Индии формирование правовых институтов и норм, как и в мусульманском праве, совершалось в религиозной оболочке. Для эволюции индусского права характерным был не процесс секуляризации, а, как пишет Н. А. Крашенинникова, изменение характера связи с религиозными формами, перемена в соотношении правовых и религиозных форм². Связующим звеном между правовым и религиозным выступает государственная власть.

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

Основными школами индусского права были школа даябаа в Бенгалии и школа митакшара с несколькими ответвлениями. Кроме того, индусское право всегда признавало, что обычаи, которых из-

¹ См.: Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1967. С. 418.

² См.: Крашенинникова Н. А. Индусское право: История и современность. М., 1982. С. 8.

давня придерживаются в определенном регионе, касте, клане или семье, должны рассматриваться как источник права.

2. Влияние английского права на индусское право

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

Индусское право претерпело существенные изменения в период английской колониальной экспансии. В области права собственности и обязательственного права традиционные нормы очень скоро заменили нормы 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 индусского права. Британским судьям было нелегко применять нормы, которых вначале они вообще не знали. Поэтому к судам прикрепили пандитов - образованных индусов, у которых судьи могли получить 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 праву, далеко от традиций индусского права, которое вовсе не считает судебное решение обязательным.

Не останавливаясь детально на тех изменениях в индуcском праве, которые произошли в годы колониального правления англичан, укажем лишь в общей форме, что многие его институты и нормы подверглись модификациям и даже заменены новыми решениями. Сложилось нечто вроде англо-индусского права¹. Но тем не менее полного вытеснения индуcского права не произошло и ряд его традиционных норм и институтов продолжал действовать. Это прежде всего относится к регламентации личного статуса, охватывающей следующие области отношений: брачные и внебрачные дети; несовершеннолетние и опекунство; усыновление; брак и развод; разделы семейного имущества; наследование; религиозные пожертвования; дамбупат; бенами; неделимое имущество².

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

¹ *Setalvad M.* The role of English law in India. Jerusalem, 1966. P. 76.

² Дамбупат - чисто индуcская 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.

3. Индусское право на современном этапе

В ходе борьбе за независимость обсуждался план полной кодификации индусского права, и вскоре после провозглашения 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 создавало 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 дис-

циплину 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 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). Индусское право непосредственно используется при рассмотрении следующих вопросов: 1) семейное право - законность детей, опекунов, усыновление, брак, семья из трех и более поколений и раздел имущества, наследование имущества умершего, включая неделимое, пережившими его родственниками; 2) семейные общественные вопросы - религиозные и благотворительные пожертвования; 3) вопросы чисто общественного характера - дамбупат, преимущественное право на покупку, клятвы, операции бенами и (в незначительной степени) передача имущества посредством завещания или другого документа; 4) кастовое право и отлучение. Индусские идеи сохранились также в концепции государственного землевладения.

ТЕМА 16. ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ СТРАН ДАЛЬНОГО ВОСТОКА

1. Общая характеристика дальневосточного права

В регион, который называют Дальним Востоком, входит много стран, и в каждой из них развилась своя цивилизация. Эти цивилизации испы-

тывали 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 правилами. Закон и судебное решение в общем случае определяют условия, при которых все лица должны иметь определенные права, такие, как право исполнять договор, получать компенсацию убытков или развод, выплачивать алименты. Если права какого-то лица нарушены или ставятся под сомнение другими, то это лицо не только имеет право защищать и отстаивать их, но просто обязано поступать так. С этой целью используется такой механизм, как судебное разбирательство, в ходе которого судья рассматривает конкретное дело. Руководствуясь нормами закона, он выносит окончательное обязательное решение. Достаточно беглого взгляда на

правовые системы стран Дальнего Востока, чтобы убедиться в том, что этот метод - далеко не единственно возможный: в некоторых обществах юридические споры разрешаются способами, отличающимися от рассмотрения дел в суде. Подобная традиция продолжает существовать и в Китае, пользуется значительным влиянием в Корее и Индокитае, имеет огромное значение для китайцев, населяющих Гонконг, Индонезию и Малайзию, сказывается и на японском праве.

2. 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 надеяние.

Конфуцианство отрицает принцип надеяния 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

го, титулованного лица и горожанина; оно определяло отношения между родственниками, друзьями и посторонними, между отцом и сыном, старшим братом и младшим, между мужем и женой. Согласно конфуцианству, идеальный человек - это тот, кто сознает естественный порядок мира, признает необходимость и целевое назначение этих правил поведения, добровольно выполняет их и тем самым скромно и спокойно подавляет свои собственные интересы во имя сохранения гармонии.

Очевидно, что конфуцианство не могло быть очень расположенным к нормам права или к их принудительному исполнению в судах. Так как всякое право предусматривает простую и упорядоченную схематизацию и формализацию отношений в жизни, оно не учитывает всех многообразных факторов, связанных с социальным положением сторон. Еще меньше могло одобрить конфуцианство установление юридических прав посредством судебного решения. По этическому учению конфуцианства, гражданин, считающий, что кто-то своим поведением по отношению к нему пренебрег правилами "ли", должен стремиться к беспристрастному разрешению конфликта посредством спокойного обсуждения, а не подчеркивать возникшие разногласия, настаивая на своих правах или апеллируя к судье. Благоприятный и добродетельный человек выигрывает в глазах общества и Бога, проявляя сдержанность в конфликте и примиряясь с причиненной несправедливостью. Того, кто нарушил общественное спокойствие, обращаясь в суд или пытаясь публично уличить согражданина в содеянном, считали грубым и невоспитанным человеком, лишенным главных добродетелей - скромности и готовности пойти на компромисс.

В отличие от конфуцианцев легисты придерживались противоположного взгляда на все важные

социальные вопросы. Если Конфуций и его школа верили в добродетели человека, в возможность его убеждения воспитанием и примером правителей, то легисты были убеждены в том, что человек в своей сущности эгоистичен, стремится только к достижению своих корыстных целей и поэтому должен строго наказываться в соответствии с законодательством. Если Конфуций учил, что различия общественного положения в иерархически организованном обществе должны рассматриваться как проявление высшей в мире гармонии и потому неукоснительно соблюдаться, то легисты считали, что все люди равны перед законом и правильное социальное поведение, которого нельзя добиться философским учением, должно прививаться суровым наказанием в виде принудительных мер со стороны государства. Легисты полагали, что общественная жизнь человека должна строго регулироваться позитивным правом. С точки зрения конфуцианцев, человечество, которое они рассматривают сквозь призму иерархии, должно подчиняться ритуальным правилам. И наоборот, выработанные легистами социальные правила в равной степени применимы ко всем. Многие легисты рассматривали позитивное право как веса и меры. В этом качестве правовые нормы должны быть стандартными и устойчивыми. Наиболее известный легист Хан Фейцзы утверждает: "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 стра-

ной, руководствуясь законом, то достаточно обнаружить 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"¹. Как полагают легисты, закон должен быть известен всем. Хан Фейцзы также утверждает: "Закон надлежит записать, сохранить в отчетах властей и выполнять. Поэтому нет ничего желаннее, чем его обнаружение..." 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 на звание мандарина и для дальнейшего продвижения от каждого кандидата требовалось глубокое знание учения Конфуция и его учеников. Со временем должностные лица на императорской службе - грамотные, высокообра-

¹ Цит. по: International encyclopedia of comparative law. Vol. 2. P. 123.

зованные 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 в результате выполнения неписанных 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 гра-

дацию 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 палками¹.

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 обсужде-

¹ Zweigert K., Kötz H. An introduction to comparative law. Vol. 1. P. 553-364.

ние продолжалось до тех пор, пока миротворцу, престиж которого позволял ему оказать существенное социальное и моральное давление, наконец не удавалось добиться соглашения. Такие же процедуры применялись в том случае, если стороны не были связаны семейными узами, но принадлежали к одной группе кровных родственников, жили в одной деревне или состояли членами одной торговой гильдии: в качестве миротворцев приглашались старейшина клана, представители местной элиты или старшины гильдии. Стороны всегда могли обратиться в государственные суды в главном городе провинции или региона, где дела рассматривались чиновниками. Но обычно стороны пытались уладить конфликт на месте, что они и вынуждены были делать во избежание общественного осуждения. Каждый, кто отверг компромисс, предложенный уважаемым посредником, и вынес дело на рассмотрение суда, должен был осознавать, что сплоченная община, частью которой он является, могла сурово осудить его поведение. К тому же судебное разбирательство тянулось чрезвычайно долго и обходилось дорого, а судебные работники были продажными и нерадивыми.

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

3. Особенности дальневосточного понимания 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 Японии¹. По их представлениям, социальный покой не достигается путем приведения в гармонию субъективных прав каждого члена общества. Они считают, что общество не строится на усилиях индивидов, каждый из которых защищает свои собственные интересы; оно существует изначально без вмешательства слагающих его индивидов, и оно всегда находится в покое, если один из них не нарушает его. Благодаря дао члены общества гармонично сосуществуют, так же как гармонично функционируют члены здорового человеческого тела. Таким образом, конфликт между членами общества свидетельствует о том, что тело одолевает болезнь. Болезнь следует излечить, чтобы вернуть здоровье, т.е. социальный покой; сам по себе конфликт является злом, которое необходимо устранить. Отсюда и вытекает значение уголовного права - наиболее эффективного средства в этом отношении.

¹ См.: Инако Цунэо. Право и политика современного Китая. 1949-1975. М., 1978. С. 25.

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”¹.

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 добродетельным. Многие удивляются тому, что они не испытывали глубокого уважения к праву. Возможно, уголовное право в Китае всегда было слишком

¹ Цит. по: International encyclopedia of comparative law. Vol. 2. P. 127.

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"¹. По разным причинам как легисты, так и даосисты выступают против использования традиций для сохранения общественного покоя. 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 понятии 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

¹ Цит. по: Idid. P. 127-128.

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, да-

ровали иностранцам право экстерриториальности и отдельной юрисдикции, закрепили уступку или аренду территорий на окраине Китайской империи. В 1899 г. великие державы, очевидно, готовясь к гигантской аннексии всего Китая, заключили соглашение, по которому его территория была разделена между ними на сферы интересов. Чтобы Китай не стал жертвой империалистических амбиций, требовались коренные внутренние реформы. В 1911 г. династия Маньчжуров отреклась от престола, после чего была спешно составлена Конституция и китайское государство было объявлено республикой. Относительная стабильность наступила в 1926-1928 гг., когда партия гоминьдан и ее армия под командованием Чан Кайши сумели освободить Китай и принести в страну мир на несколько лет. Этот период был использован для потрясающе быстрой кодификации всего частного права. По примеру Японии кодексы были составлены преимущественно на основе германского и швейцарского права. Однако за пределами крупных городов эти новые кодексы являли собой не что иное, как фасад.

ТЕМА 17. ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ АФРИКИ

1. Понятие и развитие африканского обычного права

В результате особенностей исторического развития новое право молодых развивающихся государств, обретших независимость в результате распада колониальной системы, сочетается в наши дни с элементами старого, с религиозным правом (мусульманским, индусским), обычным правом, которое все еще действует в относительно широ-

кой сфере общественных отношений¹. Вплоть до настоящего времени нормам обычного права следует большинство населения Африканского континента. Правильная оценка роли обычного права помогает познать закономерности процессов, происходящих на правовой карте Африки, характерные черты и тенденции развития национального права молодых африканских государств. Исследование африканского обычного права имеет для сравнительного правоведения особое значение, ибо оно основывается на обработке материала двойного рода: законодательного, даваемого писаным правом современных культурных народов или правовыми памятниками угасших в прошлом цивилизаций, и обычно-правового, заимствованного из этнографии².

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 пишет: “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 парла-

¹ См.: *Сунатаев М.А.* Обычное право в странах Восточной Африки. М., 1984. С.3.

² *Косвен М.О.* Преступление и наказание в догосударственном обществе. М.; Л., 1925. С. 12.

ментских актов, ученых дебатов в журналах о значении того или иного параграфа или диапазона действия судебного решения, процедурных дискуссий о представительстве или форме обвинения”¹.

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 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 Африки².

Африканское обычное право является правом групп или сообществ, а не правом индивидов. Эта характерная черта проявляется почти в каждой от-

¹ Allot A. African law // An introduction to legal systems. P. 133.

² См.: Сунатиев М.А. Указ. соч. С. 11-19; Денисов В.Н. Системы права развивающихся стран: Становление и развитие систем права стран Африки, освободившихся от британского империализма. Киев, 1978. С. 6-74.

расли обычного права. В брачном праве брачный договор представлял собой скорее соглашение двух семейных групп, нежели союз двух индивидов, и развод возможен 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 группами¹.

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

¹ См.: Сипицина И.Е. Обычай и обычное право в современной Африке. М., 1978. С. 13; Szasz J. Conflict of law in new independent African states // Questions Intern. Law. 1970. P. 207-208.

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.Элота, что "судебные решения в Африке принимают основываясь на понятии примирения или восстановления гармонии. Задача суда или арбитража заключается не столько в том, чтобы отыскать факты, сформулировать правовые нормы и применить их с учетом этих фактов, сколько в том, чтобы навести порядок так, чтобы устранить причиненное зло и восстановить гармонию в обеспокоенной общине. Гармонию можно восстановить только тогда, когда все вовлеченные стороны уверены в том, что справедливость восторжествовала. Жалобщик желает удостовериться, что суд руководствовался соответствующими правовыми нормами, в том числе и теми, которые предусматривают должную компенсацию за причиненный ущерб. Но и виновника нужно убедить в том, что

его поведение явилось нарушением нормы и суд принял справедливое решение. Со своей стороны он желает получить гарантию, что после осознания своей вины и выплаты компенсации ему будет позволено влиться в общину”¹.

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 “В” 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

¹ Allot A. Op. cit. P. 145.

деяний (первое - гражданское, повторное - уголовное)¹.

Особого внимания заслуживает еще один аспект обычного права: ответственность группы людей или общины. Она проявляется двояко: ответственность (как искупление чужой вины) 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 буржуазного 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 чрез-

¹ International encyclopedia of comparative law. Tubingen, 1972. Vol. 2. P. 162.

вычайно заинтересованы в продолжении действующего между ними альянса, к тому же расторжение брака неизменно означало возвращение приданого. Развод обговаривался между семьями с привлечением старейшин клана.

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

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

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".

¹ Encyclopedie juridique de l'Afrique. N. 6: Droit des personnes et de la famille. P. 352.

2. Влияние основных правовых семей на африканское обычное право

Как известно, вся Африка за небольшим исключением была колонизирована европейскими державами. В XIX в. колониальные власти - английские, французские, португальские и бельгийские - в основном стремились внедрить в африканских странах право, действовавшее в метрополии, и свою судебную систему. Каждая колониальная держава навязала 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.

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. Традиционные области - землевладение, семейное и наследственное право (прижизненный раздел собственности, некоторые гражданские обязательства) - остались 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 них принимались в соответствии с обычным правом, действовавшим на территории, которая подпадала под их юрисдикцию. Контроль за деятельностью местных судов осуществляли административные чиновники, они же ведали назначением и смещением членов судов.

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

Танзания пошла еще дальше и к настоящему времени практически завершила работы по унификации обычного права всех танганьикских племен¹. В других странах проводились реформы, ставившие целью создание единой кодификации и законодательных и обычных норм. Они удались

¹ См.: *Синицина И.Е.* Указ. соч. С. 44-89.

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 поступило еще проще, отменив основанное на обычае уголовное право и провозгласив уголовный кодекс единственным действительным 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 существование¹.

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

¹ См.: Лихачев В. А. Уголовное право в независимых странах Африки. М., 1974.

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, вероисповедания¹.

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 В.Н.Денисов справедливо пишет, что использование освободившимися государства-

¹ *Vanderlinden J. Les systems juridiques africains. P., 1983. P. 107.*

ми обычного права не может не носить ограниченного характера. “Обычное право, по-видимому, может сохраниться лишь в той части, которая, получив в модифицированном виде законодательное закрепление, станет составной частью единой правовой системы, отражая особенности исторического развития народов Тропической Африки. Особенно важным здесь представляется сохранение и превращение в закон тех обычаев, которые издавна использовались общинным крестьянством для отстаивания коллективных начал производства в борьбе с феодально-племенной знатью, стремившейся подчинить общину своим интересам»¹. Как показывает опыт правового строительства молодых 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, как справедливо отмечает М. А. Супатаев, “главная тенденция развития обычного права в молодых государствах характеризуется ограничением регулирующего значения правового обычая и расширением круга общественных отношений, охватываемых действием национального законодательства”².

¹ *Денисов В. Н.* Правовые системы стран Тропической Африки, освободившихся от британской колониальной зависимости (Ист.-теорет. исслед.): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Киев, 1981. С. 36-37; см. также: *Супатаев М. А.* Указ. соч. С. 58-60.

² *Супатаев М. А.* Указ. соч. С. 9-10.

РАЗДЕЛ ПЯТЫЙ. СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ И СМЕШАННЫЕ ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ

ТЕМА 18. СМЕШАННЫЕ ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ

1. Особенности смешанных правовых систем

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: каноническое право, мусульманское право, индусское право, иудейское право¹. 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).

Особенность смешанных правовых систем состоит в том, что они сочетают элементы романо-германской правовой семьи с элементами правовой семьи общего права, а также с элементами традиционных и религиозных правовых систем. Такowymi являются, например, правовые системы канадской провинции Квебек и американского штата Луизиана.

Квебек, хотя он и воспринял такие специфические английские институты, как, например, институт доверительной собственности, в целом сохра-

¹ Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1988. С. 37.

нил романскую систему частного права. Такая ситуация создалась в Канаде после того, как Франция в 1763 г. добровольно уступила ее 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 Потье¹.

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 была осуществлена в 1892 г., причем она 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 иму-

¹ См.: Очерки сравнительного права. М., 1981. С. 61.

ществленных 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, право Квебека представляет собой некую смесь английского общего права и французского гражданского права¹.

Нечто похожее можно наблюдать и в правовой системе ЮАР, уступленной Англии Нидерландами. Здесь продолжает действовать романо-голландское право, введенное голландскими колонизаторами в XVIII в.²

Что касается американского штата Луизианы, уступленной Наполеоном в 1803 г. США, то в этом штате в 1808 г. был принят Гражданский кодекс, весьма точно копировавший французский. Луизиана осталась сферой кодифицированного права в европейско-континентальном смысле слова. В Луизиане пользуются романской законодательной техникой. Там имеются гражданский, уголовный, процессуальный кодексы. Но несмотря на это, Луизиана в еще большей мере подчинилась принципам, методам и стилю английского общего права.

Приведем еще несколько примеров смешанных правовых систем. Так, в Малайзии действуют общее право Англии и нормы права справедливости, 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 Кении основу правовой системы образуют общее право и доктрины права справедливости. При этом в стране широко применяется африканское обычное право, а также мусульманское право

¹ См.: Крылова Н.С. Содружество наций: политико-правовые проблемы. М., 1991. С. 250-251.

² См.: Lee R. W. An Introduction to the Roman Dutch Law. Oxford, 1953.

(в особенности в вопросах наследования, брака и развода)¹.

Аналогичное положение складывается в других африканских государствах. 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, доктрины права справедливости Англии, а также статуты общего применения, действовавшие на 1 января 1888 г. Приблизительно 90% населения Гамбии составляют мусульмане. Там применяется право ислама, а также обычное право.

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

Особую группу смешанных систем права образуют государства, право которых в силу исторических особенностей развития в них государственности 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 континентальном праве. Нормы доказательственного права, уголовного процесса, конституционного, нало-

¹ См.: Крылова Н. С. Указ. соч., С. 254-255.

гового, трудового права проистекают из английского права¹.

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 континентальное 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.

2. Правовая система Израиля

Правовая система Израиля представляет собой подлинную лабораторию сравнительного права². Относительно ее принадлежности к той или иной правовой семье среди компаративистов нет единства. 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 отно-

¹ См.: *Крылова Н.С.* Указ. соч. С. 255.

² *Klein C.* Le droit israelien. Paris, 1990. P. 3-4.

сят правовую систему Израиля к семье общего права¹.

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. Оно действует на территории Израиля вот уже несколько тысячелетий. Древнееврейское право 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 так называемом Маджалле, которое было первым кодифи-

¹ Там же.

кационным мусульманским Гражданским кодексом в Османской империи. Изданный в 1869 г., Маджалла был заменен в 1926 году другим Гражданским кодексом, разработанным на основе швейцарского закона. Впрочем, с XIX в. турецкое право находилось под значительным влиянием французского права.

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

Следует отметить, что в большинстве своем должности судей подмандатного периода занимали англичане (заместителями которых были местные судьи, евреи и арабы). В спорных вопросах Маджалла применялся 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 было 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., рассматриваемые судебные толкования сближали правовую систему Палестины с существующей в английской метрополии. Это явление существовало, впрочем, в более крупном масштабе, 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 толковала ст. 4 уголовного закона 1936 г.

Таким образом, 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 правом Израиля). Приведем один пример. В вопросе о договорах положений турецкого права было недостаточно. Поэтому английское договорное право было целиком «импортировано».

Таким образом, для правовой системы Израиля были характерны частичное сохранение турецкого права, сохранение английского и подмандатного права и постепенная замена их оригинальным правом Израиля. Израильское право еще долго будет под влиянием английской философии права.

После 1948 г. английская судебная практика не имеет обязательного характера в Израиле. Вместе с тем на английскую судебную практику продолжают ссылаться, но она ныне 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 в Канаде, Австралии, Германии, во Франции. Так, влияние французского права можно наблюдать в административном праве Израиля.

На начальном этапе становления правовая система Израиля основывалась на принятии подмандатного права с последующими изменениями законодателя. В систему источников входили:

во-первых, закон, т.е. отдельные тексты турецкого права, подмандатные постановления, поста-

новления временного Государственного совета и законы, принятые кнессетом (впрочем, в Израиле нет писаной конституции);

во-вторых, английское общее право и право справедливости;

в-третьих, судебная практика, т.е. английская и палестинская судебная практика до 1948 г. и после 1948 г. - единственная израильская судебная практика.

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.

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

Именно в этом проявляется влияние английского общего права. Отсюда и отсутствие дуализма 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 в Израиле.

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

РАЗДЕЛ ШЕСТОЙ. МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО И НАЦИОНАЛЬНЫЕ ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ

ТЕМА 19. СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ И МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

1. Сравнительное правоведение и международное публичное 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 них¹.

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 интереса изучение этих национальных правовых систем.

¹ Revue international de droit comparé. 1972. № 1. P. 4-12.

В первом 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.

То же самое можно сказать и в отношении второго аспекта вопроса, т.е. 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 в 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 права¹.

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

¹ *Rodiere R.* Introduction an droit compare. Barcelona, 1971. P. 41.

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, унифицирующей 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 права¹. 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.

¹ *Virally V. La role des «principes» dan la development du droit international //Recueil d'etudes en hommage a P.Guggenheim. Geneve, 1968. P. 532.*

2. 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»¹. 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, чехословацкий 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 зависимостях².

Все методы решения коллизии законов предусматривают применение в ряде случаев иностранного закона. При этом нормы национального права сопоставляются с нормами иностранного закона и

¹ *Сталева Ж.* Същност и функция на международно частно право. София, 1982. С. 130.

² *Kalensky P.* Trends of Private International Law. Prague, 1971. P. 236.

на более или менее широкой сравнительно-правовой основе изучается конкретная проблема, характеризующаяся наличием «иностранный 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»¹. Будучи «сравнительноправно» ориентировано², 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.

¹ *Madl F. Osszehasonlito nemzetkozi maganigg: A nemzetkozi gazdasagi kapcsolatok joda: az elmeleti alapokhoz es a gyakorlatokhoz.* Budapest, 1978.

² *Сталев Ж.* Международное частное право и сравнительное право // *Правна мисъл.* 1973. № 6. С. 194.

ТЕМА 20. ЕВРОПЕЙСКОЕ ПРАВО И СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ

1. Становление европейского права

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, их формы и содержание почти во всем мире. Как правило, это влияние имело решающее значение для каждой страны. За данным процессом цивилизационного развития лежат тысячелетние усилия людей, которые разрабатывали законы в канцеляриях, залах суда и в рабочих кабинетах ученых»¹.

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

¹ Аннерс Э. История европейского права. М., 1994. С. 4.

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 естественно-научному 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 ЕС¹. 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 право².

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 в особую юридическую дисциплину, имеющую свои основные и вторичные подразделения, свои характерные черты, своих специалистов³.

2. Содержание европейского права

Европейское право включает две большие части, а именно институциональное право и материальное (субстанциональное) право.

Институциональное европейское право. Речь идет главным образом о проблемах политической, административной и юридической организации. Это, *во-первых*, нормы, касающиеся статуса, функций и полномочий различных органов и институ-

¹ См.: *Топорнин Б.Н.* Европейское право. М., 1998.

² См.: *Европейский союз: федералистские концепции европейского строительства.* М., 1996.

³ См.: *Топорнин Б.Н.* Указ. соч.

тов ЕС. К таким органам относятся прежде всего политические органы Сообщества: Европейский парламент, Европейский совет и Европейская комиссия. К ним относятся также консультативные учреждения политического или административного характера, а также судебные и контрольные инстанции, а именно Суд первой инстанции, Судебная палата и Палата счетов.

Во-вторых, институциональное право включает нормы, касающиеся источников права и иерархии юридических актов в рамках Сообщества: договоров и соглашений, регламентов, директив и решений. Кроме того, сюда входят нормы, регулирующие сочетание юридического режима Сообщества с внутренними юридическими режимами стран - членов Сообщества.

Материальное европейское право. Оно, как видно из названия, включает сущностные нормы европейского права, т. е. нормы, регулирующие поведение и деятельность индивидов и групп в различных областях, входящих в сферу применения европейских договоров. Таким образом, речь идет о своде норм, составляющих экономическое право, цель которого - формирование на всей общей территории стран - членов ЕС единого внутреннего рынка со свободным движением лиц, товаров, услуг и капиталов.

Рассматриваемое в целом, материальное европейское право устанавливает: 1) нормы, определяющие режим экономических свобод, действующих в отношении различных участников экономической жизни ЕС: конкретную организацию свободного движения физических лиц и имущества, запрет на дискриминацию между государствами - членами ЕС, запрет на виды действий, противоречащих принципам здоровой конкуренции, и др.; 2) принципы и нормы осуществления общих экономических мер и действий в странах - членах ЕС.

Материальное европейское право связано с изучением норм, действующих в ЕС, которые затрагивают различные юридические дисциплины, относящиеся к компетенции ЕС и интегрированные во внутреннее право стран ЕС. Таким путем постепенно сформировались специализированные разделы европейского права: европейское торговое право, европейское налоговое право, европейское социальное право, а также сельскохозяйственное право, банковское право, транспортное право и др.

Материальное европейское право - это предметное, действенное, повседневно применяемое, но иногда трудно и долго разрабатываемое право будущей единой Европы.

3. Право Совета Европы

Совет Европы был учрежден в 1949 г. десятью западноевропейскими государствами. В настоящее время в этой организации состоит подавляющее большинство европейских стран, а точнее 40 государств.

Основной целью Совета Европы, над достижением которой он работает все эти десятилетия, является создание единого европейского сообщества, основывающегося на свободе, демократии, признании прав человека и верховенства закона. Деятельность Совета Европы направлена на гармонизацию политики и принятие общих норм в государствах-членах, а также на выработку единой правоприменительной практики. С этой целью он объединяет на различных уровнях парламентариев, министров, правительственных экспертов, представителей местных и региональных органов власти, юридические ассоциации и международные неправительственные организации, которые таким образом могут соединить свои знания и опыт.

Решение задач Совета Европы осуществляется по следующим основным направлениям:

во-первых, усиление гарантий прав и свобод личности и создание эффективных систем контроля за их защитой;

во-вторых, выявление новых угроз нарушения прав и свобод личности и унижения человеческого достоинства;

в-третьих, привлечение внимания общественности к значимости прав человека;

в-четвертых, поощрение изучения прав человека в школах, высших учебных заведениях и среди профессиональных групп (юристы, служащие полиции, персонал пенитенциарных учреждений и т. д.).

Деятельность Совета Европы охватывает широкий круг вопросов, среди которых можно выделить следующие.

1. Права человека: расширение и укрепление гарантий, предусмотренных в Европейской конвенции по правам человека 1950 г., усовершенствование содержащегося в ней перечня прав, ускорение судебных процедур.

2. Борьба с преступностью: укрепление правовой базы международного юридического сотрудничества, совершенствование национальных законодательств и правоохранительной практики.

3. Средства массовой информации и связи: защита свободы слова и информации, а также расширение сферы их применения.

4. Социальные вопросы: определение руководящих положений, нацеленных на достижение большей социальной справедливости в Европе и защиту наиболее уязвимых слоев населения.

5. Здравоохранение: принятие общих норм для медико-санитарного обслуживания.

6. Окружающая среда: работа по охране окру-

жающей среды и организация общественных информационных кампаний.

7. Местное и региональное управление: укрепление демократических процессов и организация сотрудничества.

8. Правовые вопросы: модернизация и гармонизация национальных законодательств с учетом международных норм и стандартов.

Совет Европы следует отличать от Европейского Союза и его органа - Европейского совета. Совет Европы, находящийся в Страсбурге, занимается укреплением политического, социального, правового и культурного сотрудничества, а также защитой человеческих ценностей в Европе. Его Парламентская Ассамблея состоит из членов национальных парламентов. Европейский Союз имеет главной целью достижение экономической и политической интеграции. Он насчитывает в своем составе 15 государств-членов, являющихся также членами Совета Европы. Ассамблеей Европейского Союза является Европейский парламент.

Более 170 европейских конвенций образуют правовой фундамент для государств - членов Совета Европы. Круг регулируемых в них вопросов, в том числе в сфере борьбы с преступностью и обеспечения общественной безопасности, широк и многогранен: защита прав жертв насильственных преступлений, предотвращение пыток и других видов бесчеловечного или унижающих достоинство обращения или наказания, борьба против незаконного оборота наркотиков, отмывания доходов от преступной деятельности и многие другие.

Комитет Министров принимает также рекомендации, содержащие предложения по основным направлениям юридической политики права и правоприменительной деятельности для национальных правительств.

Основополагающим, концептуальным и широкомасштабным по своим целям, задачам и содержанию правовым актом Совета Европы является Конвенция о защите прав человека и основных свобод (1950 г.), которая закрепляет неотъемлемые права и свободы человека, обязывая государства гарантировать их каждому, кто находится под юрисдикцией этих государств, и содержит механизм международной защиты прав человека. В случае нарушения положений Конвенции государство или отдельное лицо может обратиться с жалобой в Европейскую комиссию по правам человека и Европейский суд по правам человека. Европейская комиссия по правам человека за весь период своей деятельности, т.е. начиная с 1954 г., зарегистрировала и рассмотрела около 30 000 индивидуальных жалоб. Европейский суд по правам человека со времени своего основания в 1959 г. вынес около 630 решений. За последние несколько лет наблюдается постоянное увеличение количества дел, поступающих в данные институты защиты прав человека в Страсбурге¹.

В результате практики Европейской комиссии и Европейского суда получили дальнейшее развитие нормы самой Конвенции, что в свою очередь во многих случаях привело к изменениям в национальных законодательствах и практике судопроизводства. В целях повышения эффективности защиты прав человека данная Конвенция постоянно дополняется и изменяется протоколами в направлении как расширения гарантируемых прав, так и совершенствования существующих процедур.

Особенностью Европейской конвенции по предотвращению пыток и бесчеловечного или унижающих человеческое достоинство наказания или об-

¹ Сборник документов Совета Европы в области защиты прав человека и борьбы с преступностью. М., 1998. С. 7.

ращения является то, что по тексту Конвенции не допускается делать никаких оговорок. Эта Конвенция учредила Комитет, состоящий из независимых и беспристрастных экспертов, которые уполномочены посещать любые места лишения свободы. По результатам таких посещений Комитет передает конфиденциальный доклад соответствующему государству. В случае, если государство - участник Конвенции не принимает во внимание рекомендации Комитета, то он может выступить по этому поводу с открытым заявлением.

Эти и другие европейские конвенции имеют ярко выраженную цель унификации национальных законодательств, повышения эффективности работы правоохранительных органов и органов правосудия путем упрощения и ускорения судопроизводства.

Международно-правовые нормы Совета Европы и нормы права государств - членов Совета Европы взаимосвязаны и взаимозависимы. Взаимоотношение этих правовых норм характеризуется тем, что право Совета Европы и национальное право дополняют и взаимно обогащают друг друга. Национальное право является основным источником конвенций Совета Европы. В них закреплено то лучшее, что достигнуто национальными правовыми системами и апробировано государствами на практике исходя из выработанных всем ходом развития мировой цивилизации общечеловеческих представлений о демократии, гуманизме, защите прав и свобод личности. В свою очередь законодательство государств - членов Совета Европы строится с учетом как юридически обязательных, так и рекомендательных актов Совета Европы.

Взаимосвязь национальных правопорядков и правопорядка Совета Европы проявляется также через процедуры защиты прав и свобод человека,

которые включаются в действие сначала в национальных правовых системах и могут завершиться в Европейской комиссии по правам человека и Европейском суде. Обоснование жалобы и правомерность ее рассмотрения в европейских правозащитных механизмах определяется исключительно правом Совета Европы.

4. Европейское правовое пространство

Непростым был путь к концепции европейского правового пространства: трудным казалось не только и не столько само это понятие, сколько стоящие за ним сложные проблемы взаимоотношений различных государств, ликвидации последствий "холодной войны", деидеологизации межгосударственных отношений.

Было бы преувеличением полностью приписывать новому правовому мышлению зарождение концепции европейского правового пространства. Взгляд на окружающий нас единый и взаимозависимый мир через призму человека, его потребностей и интересов восходит к истокам мировой, в частности европейской, цивилизации.

Разумеется, у сегодняшнего понимания концепции европейского правового пространства есть и более конкретные истоки. Современное понимание европейского правового пространства возникло на базе проблемы прав человека. Если до середины XX в. утверждали, что все связанное с правами человека - исключительно внутренняя компетенция каждого государства, то теперь повсеместно признается, что степень соблюдения и уважения прав человека определяет на международной арене и степень доверия к государству.

Понятие «европейское правовое пространство» как юридический аспект общеевропейского про-

цесса родилось в Хельсинки на Совещании по безопасности и сотрудничеству в Европе (СБСЕ).

Идея европейского правового пространства, по мнению французского профессора М. Лесажа, открывает путь третьему этапу отношений Запад - Восток в Европе в области прав человека¹.

Если первый этап начался сразу после второй мировой войны с принятия Всеобщей декларации прав человека, то второй - с хельсинкского Заключительного акта. Подписавшие его государства, признавая различие идеологий, согласились, во-первых, принять обязательства, которые каждый осуществляет в своей собственной системе; во-вторых, отчитываться друг перед другом о соблюдении или несоблюдении прав человека в своей стране. Третий, современный этап призван логически выявить общую платформу, одинаково интерпретируемую во всех европейских государствах.

Понятие «европейское правовое пространство» содержит все положительное, что достигнуто во взаимоотношениях государств Европы в области прав человека и различных правовых форм их сотрудничества. Вместе с тем оно предполагает дальнейшее их развитие не только с помощью международного права, но и путем соответствующей эволюции европейских национальных правовых систем.

Формирование европейского правового пространства не означает появления некоего надгосударственного европейского права. Речь идет о выработке различных форм взаимодействия национальных государств Европы, сближении их законодательных норм, поисках современных решений конкретных общеправовых проблем. При этом работа не ограничивается лишь проблематикой прав

¹ См.: Лесаж М. Права человека, правовое государство и европейское правовое пространство // Права человека в истории человечества и в современном мире. М., 1989. С. 60-61.

человека, а выходит далеко за ее пределы. В настоящее время уже имеются сферы правового регулирования, в которых сближение законодательств различных европейских государств, принадлежащих к различным системам, является насущной необходимостью. Это регламентация акционерных обществ, совместных предприятий, передачи технологии, зон свободного предпринимательства и т.д.

Идея Европы как единого правового пространства рассчитана на длительную историческую перспективу. Сохраняющиеся различия в социально-политическом устройстве, правовых системах и культурно-исторических традициях ограничивают возможности сотрудничества стран - участниц ОБСЕ в сфере правовых отношений. Но в то же время дальнейшее развитие общеевропейского процесса предполагает разработку и кодификацию общеевропейских правовых норм, разрастание инфраструктуры договоров, соглашений, конвенций, различных организационных общеевропейских структур, регулирующих отношения между странами - участницами ОБСЕ в различных сферах политической, экономической, гуманитарной жизни. Этим и определяется актуальность идеи европейского правового пространства для сравнительного правоведения.

Учитывая, что объектами правового регулирования являются практически все области отношений между странами - участницами ОБСЕ, правомерно применять понятие «европейское правовое пространство» не только в рамках Конвенции по человеческому измерению, но и ко всему комплексу отношений между Востоком и Западом.

Единое правовое пространство - это региональная правовая система, объединяющая национальные правовые системы европейских стран и участвующих в общеевропейском процессе США и Ка-

нады и обеспечивающая правовые основания «общеевропейского дома». Понятие «европейское правовое пространство» включает в себя все направленные на взаимопонимание и сотрудничество правовые установки, которые сложились ранее, в частности в связи с хельсинкским Заключительным актом (организация взаимоотношений государств исключительно на правовой основе, уважение международного права и признание его принципов и норм во внутригосударственном законодательстве и т.д.). Но оно шире и включает новый момент, а именно развитие национальных правовых систем, с тем чтобы обеспечить необходимые предпосылки общеевропейской правовой общности, без чего лозунг «Европа - наш общий дом» не имеет смысла. Это не общее право наднационального характера, а поиск и создание некоего правового минимума в государствах, который обеспечивает их нормальное взаимообщение в рамках общеевропейского процесса. Здесь могут упрекнуть в конвергенции. Но, во-первых, это не совсем конвергенция, а во-вторых, не следует этого бояться. Если раньше, говоря о сотрудничестве и сближении государств, упор делался в основном на международное право и его развитие, то теперь к этому следует добавить национальное правовое развитие в направлении к правовой государственности.

Концепция «европейское правовое пространство» предполагает, что государства Европы должны выступать как правовые государства, где государственный механизм функционирует на основе верховенства закона, принципа законности, где гарантированы правовые отношения между государством и гражданином, обеспечены правовая стабильность и безопасность личности. Нынешний этап формирования европейского правового пространства предполагает сближение, но не полную уни-

фикацию правовых норм различных государств. Даже в тех сферах, в которых сближение правовых норм различных государств уже произошло (экология), сохраняется потребность в создании более совершенных юридических механизмов. Для обеспечения сближения права европейских государств необходимо разработать понятийный аппарат организационно-правового пространства. При этом должны быть определены структуры и механизмы, обеспечивающие переход от конфронтации к сотрудничеству.

Ученые-юристы выделяют несколько уровней анализа европейского правового пространства: правовая семья, правовое государство, сотрудничество в рамках международных организаций, сотрудничество между самими международными организациями.

Основными направлениями создания основ европейского правового пространства, на наш взгляд, являются: во-первых, международное право и его прогрессивное развитие; во-вторых, соответствующая этому эволюция внутригосударственного законодательства, судебной практики и т.д.; в-третьих, сравнительное изучение правовых систем как способ выявления общего и устранимых различий между ними, т.е. иностранного законодательства, парламентских, административных, судебных структур других государств.

Не случайно понятие «европейское правовое пространство» опередило понятие «европейское экономическое пространство». Правовые системы ближе друг к другу, чем экономические. Здесь сказываются относительная самостоятельность правовой формы, большая изменяемость и приспособляемость права.

Движение к европейскому правовому пространству - это длительный процесс постепенного сбли-

жения и взаимной адаптации законодательства и правовых норм государств ОБСЕ, прежде всего тех норм, которые регулируют развитие сотрудничества и обменов между государствами и народами или каким-то иным образом связаны с ним. Такого рода процесс должен вести к преодолению коллизий в законодательстве различных стран, к устранению сохраняющихся нормативных и административно-технических препятствий в различных сферах сотрудничества и обменов.

Представляется, что при определении общих параметров и конкретных путей реализации концепции европейского правового пространства было бы полезно внимательно изучить имеющийся опыт правовой интеграции в рамках Совета Европы и Европейского Союза. Вполне возможно, что во многих случаях отпадет сама необходимость изобретения каких-то новых норм, если они уже существуют, «работают» и оправдали себя на практике.

В рамках хельсинкского процесса уже сложился определенный вариант гармонизации внутреннего законодательства государств путем приведения его в соответствие с согласованными общеевропейскими стандартами в области прав человека, гуманитарного сотрудничества. Очевидны и преимущества этого пути. Не навязывая государствам конкретные нормы, не подменяя внутренние нормы и институты международными, не покушаясь на самобытность правовых систем (различия между которыми сохраняются, в частности между англосаксонской и романо-германской правовыми семьями), он определяет правовые минимальные стандарты демократичности, ниже которых государства не должны опускаться в своем национальном законодательстве. Идея общего европейского правового пространства способна придать этому фак-

тически уже начавшемуся процессу более последовательный и целенаправленный характер.

Сравнительное правоведение играет важную роль в решении трех проблем в рамках концепции европейского правового пространства.

Первая - разработка критериев правового государства, возможная прежде всего путем сравнительного анализа опыта европейских стран, установления юридических стандартов, позволяющих отличать правовое государство от неправового.

Вторая проблема - дальнейшее повышение и конкретизация общеевропейских стандартов в области прав человека.

В ходе хельсинкского процесса должны рассматриваться не отдельные права, а весь комплекс прав - гражданских, политических, социальных, экономических, культурных.

В заключительном разделе Венского Итогового документа «Человеческое измерение ОБСЕ» создан механизм, позволяющий развивать сотрудничество государств в области прав человека. Он называется венским механизмом. Речь идет о том, что государства будут обмениваться информацией, относящейся к соблюдению прав человека и основных свобод, к контактам между людьми и к другим проблемам гуманитарного характера. На основе венской договоренности было решено провести три совещания Конференции по человеческому измерению ОБСЕ: первое из них прошло в мае - июне 1989 г. в Париже, второе состоялось в июне 1990 г. в Копенгагене, а третье - осенью 1991 г. в Москве.

Наконец, третья проблема - совершенствование механизма сотрудничества в вопросах, относящихся к человеческому измерению. По нашему мнению, этот контрольный механизм в перспективе будет играть все большую роль как дополнительное международное средство правовой защиты чело-

века, не подменяющее собой национальные средства, но в известной мере контролирующее их и мобилизующее на более четкую работу.

В соответствии с Европейской конвенцией по защите прав человека и основных свобод 1950 г. 40 государств - членом Совета Европы обязаны соблюдать права человека и основные свободы, относящиеся к их юрисдикции. Эта Конвенция направлена не на то, чтобы заменить национальные системы защиты прав человека, а на осуществление международных гарантий в дополнение к установленным в национальных правовых системах, что проявляется прежде всего в инкорпорированности положений Конвенции во внутригосударственные правовые нормы. Но имплементация была осуществлена по-разному в различных государствах. В одних странах изменили внутреннее законодательство в целях приведения его в соответствие с положениями Конвенции, в других нормы Конвенции были включены в национальное законодательство, в результате чего каждый гражданин получил возможность направлять жалобу или иск в национальный судебный или административный орган, прямо основываясь на положениях этого международного договора. Там, где Конвенция не была прямо инкорпорирована, национальное право не должно ей противоречить.

В связи с разработкой концепции единого европейского правового пространства можно назвать следующие актуальные направления исследований:

1) сравнительное изучение особенностей и тенденций развития основных правовых систем Европы - семьи романо-германского права, семьи общего права, семьи скандинавского права, семьи постсоциалистического права;

2) разработка европейской тенденции правового государства как основного элемента европей-

ского правового пространства, выделение его основных особенностей, характерных черт и критериев (например, правовая стабильность, политический либерализм, уважение прав человека и основных свобод, отказ от силы и угрозы применения силы во внешних сношениях, правовые пути решения возникающих споров и т.д.);

3) исследование правовой деятельности европейских международных организаций и их роли в создании системы европейского правового пространства;

4) исследование правовых отношений и правового сотрудничества между европейскими международными организациями как одного из уровней европейского правового пространства;

5) изучение правовых аспектов общеевропейского процесса с целью разработки его стабильных организационно-правовых основ: политических институтов, постоянных органов и учреждений ОБСЕ.

Дальнейшее развитие европейского правового пространства может, по-видимому, происходить на двух уровнях - общеевропейском и национальном. На общеевропейском уровне наполнение реальным содержанием идеи единого правового пространства предполагает, очевидно, как формирование новых политико-правовых структур, так и придание общеевропейского характера уже имеющимся региональным организациям и международно-правовым соглашениям, а на национальном - приведение внутреннего законодательства в соответствие с международными, в том числе с общеевропейскими, нормами и обязательствами. Это позволит устранить имеющиеся несоответствия правовых норм в странах - участницах ОБСЕ, мешающие развитию между ними политического взаимодействия, экономических отношений, гуманитарного сотрудничества.

В устранении барьеров на пути экономического сотрудничества важное значение имеет создание прочной правовой основы экономических отношений между европейскими государствами. Здесь на первый план выдвигаются: создание единообразных правовых условий для деятельности совместных предприятий; разработка соглашений, регулирующих иностранные инвестиции, правовой режим вкладчика капитала, передачу и охрану технологии, предоставляемой иностранным инвесторам в качестве вклада в совместные предприятия, деятельность свободных экономических зон; разработка акционерного права.

Идея единого правового пространства предполагает также создание правовой основы европейской региональной системы экологической безопасности. В числе конкретных первоочередных мер по созданию такой системы можно назвать разработку и принятие системы общеевропейских стандартов по окружающей среде, введение элементов межнационального контроля за состоянием ее основных элементов и санкций за систематическое нарушение ее стандартов.

Концепция европейского правового пространства оказывает решающее воздействие на внутренние процессы, создает дополнительные стимулы для дальнейшей демократизации. Эта обратная связь проявляется в работе по приведению национального законодательства в соответствие с международными обязательствами, в том числе и с венскими договоренностями. В связи с этим сравнительное правоведение призвано стать своего рода сцепляющим механизмом, который регистрировал бы и то, что уже сделано, и то, что еще предстоит отразить во внутреннем законодательстве.

Раздел седьмой. Сравнительное правоведение и национальные правовые системы

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

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

В мире существуют различные варианты правового развития. Пример тому - романо-германская, англосаксонская, мусульманская, индусская, китайско-конфуцианская и другие модели¹.

Развитие права в рамках национальной государственности по-прежнему остается одной из важнейших закономерностей правовой эволюции². В связи с этим становление и развитие новых правовых систем представляют возможность для изу-

¹ См.: R. David, *Jauffret-Spinozi C. Les grands systemes de droit contemporains*. 10e ed. Paris, 1992; *Fromont M. Grands systemes de droit йtrangers*. 2e ed. Paris, 1994; *Saidos A.X. Сравнительное правоведение и юридическая география мира*. М., 1993.

² *Туманов В. А. Вступительная статья // Давид Р. Основные правовые системы современности*. М., 1988. С. 12.

чения и познания одного из вариантов национального правового развития. Проблема обновления правовой системы Узбекистана не только непосредственно связана со сложившейся на данный момент правовой ситуацией в этих странах, но должна быть осмыслена и в историческом контексте. Невозможно представить современное право в отрыве от многовековой истории.

ТЕМА 21. ПРАВОВАЯ СИСТЕМА УЗБЕКИСТАНА

1. Историческая эволюция узбекского права: плюрализм юридических традиций

Право любой страны - это неразрывная часть ее национального достояния, в определенном смысле - порождение традиций, наследие предков и способ самовыражения данного общества. Взаимовлияние и взаимодействие различных правовых культур и традиций существовали всегда и всюду, будучи одним из источников обогащения правопонимания и духовного мира человека. Как правило, из смешения различных культур рождались новые народы и нации, новые цивилизации и традиции.

Исторически народы Турана (возрожденное ныне доисламское тюркское наименование территории нынешнего Узбекистана), Мавераннахра (арабское географическое название региона в Центральной Азии между реками Амударья и Сырдарья), Туркестана (русское название региона, введенное в оборот во второй половине XIX в.) в сохранении самобытности пошли путем развития своей государственности и права, религии и культуры, языка и литературы. Но Туран, Мавераннахр и Туркестан - не единственные названия, под которыми Узбекистан известен в мировой истории. Эту богатую страну ремесел, земледелия, тор-

говли по Великому Шелковому пути, страну “тысячи городов”, Александр Македонский назвал Согдианой.

На нынешней территории Узбекистана возникла одна из древнейших цивилизаций мира. История узбекского народа, национальной государственности и права своими корнями уходит в глубь веков. Процветавшие здесь государства древнего Турана, Мавераннахра, Туркестана оставили яркий след в развитии мировой культуры. Традиции узбекского государства и права неразрывно объединяют единство общечеловеческого и национально-государственного начал и развиваются в соответствии с духовно-правовым потенциалом узбекской цивилизации, насчитывающей не менее трех тысяч лет¹. Узбекское право имеет длительную историю, которую можно разделить на четыре периода.

Первый - древний период узбекского права, т.е. с момента возникновения государства и права на территории Узбекистана до установления мусульманского права (с начала первого тысячелетия до н.э. до VII в.н.э.). Это эпоха туранско-правовой цивилизации. Характерной чертой государственно-правовой жизни было стремление к объединению родственных племен в единое государство, к независимости, миру и равенству.

Территория расселения предков узбеков последовательно входила в VII в. до н.э. в состав государств Ассирии, в VII-VI вв. до н.э. - в царство Ахеменидов, с 328 г. до н.э. - в империю Александра Македонского, с середины III в. до н.э. - в Греко-Бактрийское царство, с I в. н.э. до V в. - в состав

¹ См.: History of civilisation of Central Asia. Vol. I: The dawn of civilisation earliest times to 700 B.C. Paris, 1992; Vol. II: The development of sedentary and nomadic civilisations: 700 B.C. to A.D. 250. Paris, 1993; Vol. III: The crossroads of civilisations: A.D. 250 to 750. Paris, 1996.

Кушанского царства, с V в. - в царство Эфталитов, а затем Тюркского каганата¹.

Узбекистан имеет богатую правовую культуру, сформировавшуюся в период античности, средневековья и Нового времени как результат взаимодействия различных правовых традиций и культур. Древнейшие цивилизации - согдианская, парфяно-хоросанская, бактрийско-тохаристанская - с зачатками собственной государственности, культурными, политическими, религиозными и правовыми традициями издревле существовали на территории нынешнего Узбекистана.

Древний Узбекистан был центральным связующим звеном Великого Шелкового пути, местом активного соприкосновения Востока и Запада, буддизма, зороастризма, манихейства, ислама и христианства, взаимодействия восточной и западной культур, многих языков и наций. Религиозно-духовные, познавательные, государственно-правовые и этические ценности занимали важное место в образе жизни, традиционной культуре узбекского народа.

Древний период воплощал в себе опыт развития государственности и права начиная с античной Согдианы, государств Ахеменидов, Селевкидов и Хорезма, Бактрийского и Кушанского царств, государств Эфталитов и Тюркского каганата. Анализ редких древних юридических памятников показывает, что уровень правовой культуры был достаточно высоким. Например, в 1932 г. было найдено свыше 80 документов, относящихся к VII-VIII вв. Особый интерес вызывает в них механизм обеспечения выполнения условий договоров, защиты прав интересов субъектов правоотношений, четкое

¹ Подробнее об истории узбекского права см.: Саидов А. Тошкуллов Ж. Узбекистон давлат ва ҳуқуқ тарихи. Тошкент, 1995 (Саидов А., Тошкуллов Ж. История государства и права Узбекистана, Ташкент, 1995, на узб. яз.).

определение их прав и обязанностей, гарантий осуществления последних.

Из источников известно, что до прихода арабов народы Узбекистана руководствовались "Авестой" - священной книгой зороастризма - и, видимо, находились под влиянием законов царя Хаммурапи, Ахеменидов и политико-правовых идей Платона, Аристотеля, правовых норм эллинистических полисов (полисов-государств), Греко-Бактрийского и Парфянского царств, державы Кушан и Тюркского каганата.

Второй - период мусульманского права, т.е. с момента прихода арабов в Мавераннахр и установления мусульманского государства и права до колониального завоевания Средней Азии Россией (с VIII в. до второй половины XIX в.). Это эпоха мусульманско-правовой цивилизации Мавераннахра.

Узбекистан воплощает в себе средневековый опыт развития государственности Саманидов, Караханидов, Газневидов, Сельджукидов, Хорезмшахов, Чингизхана и Чингизидов, Амира Темура и Темуридов и узбекских ханств, а также исторический и юридический опыт древнего узбекского народа с его вековой мечтой о своем государстве и праве.

Примечательной особенностью исторического развития предков узбекского народа в период античности и средневековья являлось влияние и взаимодействие с культурными правовыми традициями не только Китая, Индии, Греции, Рима, Византии, но и ассиро-вавилонского, ахеменидского права.

Уже в первом столетии существования ислама мусульмане появились в Индии, Испании, на западе Китая, на юге Франции. Особенно интенсивно межкультурное и межнациональное взаимодействие происходило в мусульманской Испании или, как ее называли арабы, в стране аль-Анда-

лус. Для Османской империи - конгломерата различных народов и чрезвычайно пестрых в национально-культурном отношении государств - ислам нередко был единственной связующей нитью. Он выступал не только как государственная религия и официальная идеология, но и как цементирующее начало в жизни столь неоднородной державы и пестрого в национально-конфессиональном отношении общества, как мощный культуротворящий фактор, несмотря на значительную долю немусульман. В этом смысле ислам сыграл важнейшую для судеб Востока роль объединителя различных культур, традиций, обычаев, содействовал слиянию и взаимообогащению народов, а также формированию на базе мусульманской цивилизации новых культур.

С VIII в. начинается новый период в правовой истории народов Мавераннахра. Это было связано с внедрением ислама и шариата в Узбекистан с их богатыми религиозными, культурными и юридическими традициями. Шариат выступал не только в качестве религиозно-правовой системы, он представлял собой комплекс институтов, охватывающих социально-духовную жизнь и оказывающих глубокое влияние на исторические, культурные, национальные и правовые традиции, нравственные представления людей и их быт.

В Мавераннахре гражданские, земельные, семейно-брачные, наследственные и другие вопросы частного права регулировались нормами мусульманского права ханифитского толка. На основе этих же норм разрешались и уголовные дела, велось судопроизводство. Кроме того, шариат вобрал в себя многие нормы местного обычного права, т.е. традиционные установления народов Мавераннахра, которые получили обобщающее название "адат".

Существование в Мавераннахре местных традиций отмечал еще известный русский востоковед академик В.В. Бартольд. Он писал: «Если представители наук приглашались из Персии, то мусульманская богословская школа всецело основывалась на местных традициях... в которых, помимо черт, характерных для всего мусульманского мира, проявлялись и местные особенности»¹.

В VII-XIX вв., с перерывом на господство в XII-XIV вв. монгольского права, основанного на «Ясе» Чингизхана, Узбекистан был включен в исламское международное правовое пространство. Юридино-культурологическая ценность Мавераннахра для людей средневековья заключалась в его интеграционном потенциале, выходящем за рамки только мусульманского мира и сплетающемся с культурой, наукой Индии, но Мавераннахр сумел сохранить после разгрома зороастризма знание его ученых в Хорезме.

Наиболее известным сборником хадисов (сообщений) - преданий, относящихся к поступкам и изречениям пророка Мухаммеда, - является сочинение «Сахид» Мухаммеда ибн Исмаила ал-Бухари (ум. в 870 г.). Он слушал хадисы более чем у тысячи шейхов, проверил 600 тыс. хадисов, которые тогда были в ходу, а 200 тыс. записал сам у своих учителей и собеседников. В результате было отобрано 7397 хадисов из 97 книг, состоящих из 3450 глав. В число шести общепризнанных собраний хадисов вошло также «Ал-кутуб-ас-ситта», принадлежавшее перу имама ат-Термези (ум. в 892 г.).

Настоящий расцвет права наступил в IX-XII вв. в период Восточного Ренессанса, или мусульманского Возрождения. Арабо-мусульманская цивилизация восприняла и в дальнейшем передала евро-

¹ Бартольд В.В. Соч. М., 1977. Т. IX. С. 532-533; см. также Т. II. Ч. I. М., 1963. С. 224.

пейцам самые различные достижения античных греков, а также более поздних эпох эллинизма и древнеримского господства на Ближнем Востоке, усвоив также определенные элементы арамейской, иранской, индийской, китайской культур.

Философия права конфуцианства с его культом государственного порядка неоднократно привносилась в страны Центральной Азии. Было это и до прихода сюда ислама, когда шел обмен купцами и буддистскими, несторианскими паломниками. Взаимодействием были и войны между Бактрией, Согдом, Западно-Тюркским каганатом, Уйгурией и императорским Китаем. Нормы верности традициям предков, нормы стабильности, ставшие фундаментом китайской цивилизации, проникали в исламскую среду при завоевании Уйгурии и Северо-Восточного Китая.

Движение купцов и воинов в Монгольской империи приносило в Мавераннахр из Китая, которым некоторое время управляла монгольская династия Юань, знания об основах конфуцианской этики. Они были популярны в Великой степи как сущность морали не только китайцев, но и всей Восточной и Центральной Азии. Вряд ли достоверно то, что конфуцианство оказало прямое влияние на центральноазиатский вариант ислама, но своеобразие в его культуре и государственной концепции не могло возникнуть вне многовекового взаимодействия с цивилизациями Китая и Индии. С точки зрения чисто юридической в XII-XIV вв. влияние монгольского права, а именно «Ясы» Чингизхана, было скорее негативным, чем позитивным. Право Мавераннахра очень мало подвергалось влиянию монгольского обычного права¹.

¹ См.: Саидов А., Уманский Я., Арапов А. Светский путь в духе исламской культуры: Размышления. Ташкент, 1995. С. 17.

Нормы Корана не были и не могли быть правом прямого применения, это право по преимуществу религиозно-нравственное. Оно сформировалось в исламской оболочке под воздействием множества культурных и правовых традиций, писаных и устных. Ислам вобрал в свою духовность также культуру многих разных народов. Свой весомый вклад внесли и народы Мавераннахра. Это понятно. С одной стороны, они жили в исключительно культурном крае, а с другой - страна была удалена от центра Арабского халифата и нуждалась в своем собственном понимании права на основе норм шариата.

В Мавераннахре ислам и шариат пали на почву с богатыми культурными и юридическими традициями. С того времени и начинается их многовековое взаимодействие, вобравшее в себя элементы ближневосточной цивилизации и права с местными и юридическими традициями. Общность правовых систем проявляется и в исторических наслоениях одной системы на другую, в их сосуществовании и соответственно взаимодействии. Так, характерный для мусульманского права институт казиев (кадиев) уходит корнями в византийское право¹.

Юридические традиции народов Мавераннахра производны от его цивилизации, общей и государственно-правовой культуры, морали народов. Вечно живая культурная традиция, часть которой - правовая традиция, действующая не только в сфере официальной государственности, но и в сфере религиозно-морального регулирования правоотношений в нациях и народах, - вот в чем величие культурно-исторической и правовой традиции народов Мавераннахра.

¹ *Lysano M.* I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extracuropei. Torino, 1978. P. 214.

Применение шариата на практике возможно лишь при его юридической разработке, систематизации и разъяснении мусульманскими факихами, которые в своих сочинениях стремились приспособить нормы шариата к местным условиям. Чтобы на основе шариата решить тот или иной вопрос, судьи, как правило, обращались не к самому Корану или сунне, а к одной из тех книг или сборников, которые считались в данном государстве авторитетными. Судьи и духовные лица, применявшие шариат при решении конкретных юридических дел, должны были ссылаться именно на эти книги или сборники, а не на первоисточники мусульманского права. В этом смысле сочинения мавераннахрских факихов являлись источником действующего права.

Основным суннитским юридическим мазхабом в Мавераннахре был ханифизм. Узбекистан был одним из главных центров, развивших ханифитский мазхаб права. В Бухаре, Самарканде, Хиве и других городах были созданы мусульманские учебные заведения - медресе - для подготовки мусульманских юристов-факихов.

Мавераннахрские факихи, изучавшие созданные до них работы по мусульманскому праву, внесли весомый вклад в доктринальную разработку и развитие ханифитской школы шариата. Они снискали себе славу во всем исламском мире как знатоки мусульманского права - комментаторы Корана, хадисособиратели, факихи, мухаддисы. Их работы оказали значительное влияние на развитие мусульманской культуры и юриспруденции. Из 544 биографий факихов, содержащихся в сочинении Махмуда б. ал-Кафави (ум. в 1582 г.) "Ката'иб а'лам ал-ахйр мин фукаха'мазхаб ан-Ну'ман ал-мухтар" ("Разряды выдающихся мужей из законоведов школы ан-Ну'мана-избранника"),

221 относится к Мавераннахру, что составляет 42% всех биографий законоведов¹.

Сочинения мавераннахрских факихов имели не только местное, но и общемусульманское значение, приобрели широкую известность во всех исламских странах. Мавераннахр дал мусульманскому миру обширную богословско-юридическую литературу. Только в одном бухарском медресе в 1843 г. насчитывалось более 100 руководств по мусульманскому праву, что свидетельствует о существовании своеобразной юридической мавераннахрской школы шариата.

Факихи Мавераннахра сыграли решающую роль в возрождении и становлении ханифитских центров в Сирии, Египте и Малой Азии, создании наиболее авторитетных книг шариата. Из самых популярных и распространенных в Мавераннахре юридических трудов факихов следует назвать фундаментальную работу Шейх-ул-ислама Бурханудина ал-Маргинани "Китаб ал-Хидоя" ("Руководство к частностям»), т. е. "указание верного пути", в данном случае - в смысле права².

В "Хидое" содержатся подробные сведения о нормах различных отраслей мусульманского права, о мнениях основных факихов ханифитского толка, а также представителей других юридических мазхабов ислама по этим вопросам. Автор создал свой труд применительно к условиям Маве-

¹ См.: Муминов А.К. Мавераннахрская школа фикха (IX-XIII вв. //Общественные науки в Узбекистане. 1990. № 10. С. 38-42).

² В свое время по распоряжению Британского правительства Индии это сочинение было переведено с арабского подлинника на персидский язык в Бенгалии, а с персидского языка на английский язык под руководством сэра С. Гамильтона. См.: *Hamilton C. The Hedaya*. 2e ed., trad. S.C. Grady. London, 1870. С английского перевода в 1893 г. был издан в Ташкенте русский перевод под заглавием: "Хидоя. Комментарии мусульманского права" в 4 томах под редакцией бывшего военного губернатора Сырдарьинской области генерала Р.И. Гродекова. С 1994 г. начато переиздание этого произведения. См.: Хидоя. Комментарии мусульманского права /Отв. ред. А.Х. Саидов. Ташкент, 1994.

раннахра, но его приняли во всем мусульманском мире. Пока не были упразднены казийские суды “Хидоя” была настольной книгой для всех факихов Узбекистана, широко использовалась в обучении и судебной практике.

“Хидоя” имеет важное значение для понимания механизма распространения и функционирования шариата не только в Мавераннахре, но и в других историко-культурных регионах мусульманского мира. Положения и нормы, методы и принципы шариата, изложенные в “Хидое”, близки правовому мироощущению, духовным ценностям и традициям народов, исповедующих ислам.

Но в некоторых областях Мавераннахра, таких, как Шаш, Илак, вокруг Бухары, Тараз, Сугнак и Хива, преобладали сторонники шафиитского толка права. Можно найти упоминание о существовании в Мавераннахре приверженцев и маликитской школы права. Эти данные позволяют укрепиться во мнении, что “тюркские народности, приняв ислам, приняли вместе с тем и ханифитское право”¹.

Хотя жители Мавераннахра принадлежали к суннизму, среди них встречались и шииты, причем из различных мазхабов и сект, в частности из исмаилитского мазхаба шариата, секты алавистов, а также представители школ му’тализма, наджжаризма, джахизма, керрамизма, которые подразделялись на более мелкие направления, представители суфизма.

Пример самостоятельного и практического подхода к разработке альфикха дает деятельность Амира Темура (1336-1405 гг.). Как видно из свода его правовых норм - “Уложения”, - он уделял большое внимание осуществлению норм шариата. Сравнительный анализ “Уложения” Темура показывает происхождение многих норм от “Хидои”.

¹ См.: Петрушевский И. П. Ислам в Иране в VII-XV вв. Л., 1966. С. 137.

Например, в п. 4 “Уложения” сказано: “Надлежащий порядок и соблюдение законов послужили основанием и подкреплением моего предназначения и успеха”. Амир Темур высоко поднимал престиж факихов, о чем сказано в п. 7. Он интересовался “... постановлениями древних от Адама до Мухаммеда, “Печати пророка”, и от него до наших дней”, как сказано в пункте 8. В соответствии с традицией организации судопроизводства Амир Темур отделял его от административной деятельности, утверждал верховного судью или казия для армии и особых судей для народа. Представляет интерес система содействия религиозно-моральному праву “для предостережения от запрещенных законом дел”¹.

В государстве Амира Темура и Темуридов действовал Совет мусульманских факихов, выносивший экспертные заключения не только по богословским, но и по юридическим вопросам.

Третий - колониальный период развития узбекского права, т.е. с завоевания Россией Средней Азии и установления Советской власти в Узбекистане и вплоть до провозглашения государственной независимости (со второй половины XIX в. до 1991 г.).

Колониальный захват Туркестана, а до этого междоусобицы узбекских ханств значительно замедлили эволюцию мусульманской правовой системы, опирающейся на собственные юридические традиции.

В середине XIX в. на территории современного Узбекистана было три узбекских государства: Бухарский эмират, Хивинское и Кокандское ханства. Во второй половине XIX в. Российская империя завоевала Среднюю Азию и образовала Туркестанский край. Бухарский эмират и Хивинское ханство

¹ См.: Уложение Темура. Ташкент, 1996.

признали протекторат России, а Кокандское ханство прекратило свое существование.

Колониальное право в Туркестанском крае складывалось из законов Российской империи и правовых актов регионального действия. Объективно эта система приобщала узбекское право к правовому регулированию европейского типа, что отвечало тенденциям развития законодательства в данный период в Османской империи, Афганистане и Иране.

Военное министерство Российской империи, которое управляло Туркестанским краем, создало в Ташкенте “школу” восточных языков для подготовки колониальных военных и чиновников. В “школе” были подготовлены оригинальные исследования по исламоведению и шариату, а также переводы важных работ по исламу зарубежных авторов на русский язык. При генерал-губернаторе Туркестанского края и управлениях военных губернаторов областей были штатные консультанты из числа мусульманских правоведов.

Помимо всех колониальных расчетов, основательное изучение мусульманского права имело большое культурное значение. Европейцы, а также образованная часть россиян увидели, что мусульманское общество живет по четким правовым нормам систематизированного права. Иначе говоря, что существует особая правовая цивилизация, выдержавшая несколько испытаний завоевателями, сумевшая оказать определяющее воздействие и на развитие страны-завоевателя. Значительное число норм шариата при всем их своеобразии воспринималось уже тогда как общечеловеческие нормы, имевшие сходство с правом народов Европы. Следует отметить сходство земельных сервитутов, некоторых положений наследственного права, сложившихся в IX-X вв. в Бухаре и Хорез-

ме, с аналогичными институтами римского права. Барон Торнау, крупный российский исламовед, обращал внимание на то, что “опыт управления мусульманскими народами подтвердил всю практическую важность ознакомления с системой их законоведения”¹.

В 1917 г. произошла усеченная, в советской форме, европеизация узбекского права. После государственного переворота в Ташкенте была установлена Советская власть и создана Туркестанская АССР. В результате советской правовой экспансии законодательство искусственно унифицировалось под общие стандарты и на территории республики стало действовать российское законодательство: Кодекс о гражданском состоянии, семье и опеке (1918 г.), Кодекс законов о труде (1922 г.), Гражданский кодекс (1922 г.), Земельный кодекс (1922 г.), Уголовный кодекс (1922 г.), Уголовно-процессуальный кодекс (1922 г.) РСФСР.

Мусульманское право функционировало как единственная правовая система до начала 1920 г., когда были свергнуты Бухарский эмират и Хивинское ханство. В семейно-бытовой сфере обыденное толкование и применение шариатских норм сохранялось в той или иной мере до 1928 г.

В период с 1919 по 1928 г., когда решалась судьба Советской власти в регионе, по семейному праву допускалась деятельность казийских (шариатских) судов, признавались гражданские права и функции исламских законоведов, лояльно относившихся к Советской власти. Сохранялись, правда, в очень ограниченном количестве, медресе, где продолжалась подготовка мусульманских правоведов. Еще в начале 30-х годов в Ташкенте, не говоря уже об отдаленных селах, люди обращались в неофици-

¹ Торнау Н.Е. Особенности мусульманского права. СПб., 1892. С. 5.

альном порядке к казиям за решением семейных проблем, вопросов, касающихся раздела имущества на основе норм шариата. Вот тогда-то по политическим, идеологическим, социальным мотивам шариату и его хранителям, мусульманским факихам, был объявлен смертный бой.

Таким образом, в первые десять лет Советской власти в Узбекистане мусульманское право сохраняло определенное влияние. Так, согласно "Положению о казийских судах", принятому правительством Туркестанской АССР 23 декабря 1922 г., действовали нормы шариата и адата, если таковые не противоречили "нормам революционного правосознания трудящихся масс". Другими словами, существовал дуализм правовой системы, т.е. параллельное действие, или "сосуществование", советского права и шариата. Несмотря на влияние законодательства о наследовании в РСФСР, на практике казийские суды применяли нормы шариата и адата.

В 1924 г. была образована Узбекская ССР, которая просуществовала до сентября 1991 г. За этот период было принято три Конституции: в 1927, 1937 и 1978 гг.

В 20-х годах была осуществлена первая кодификация основных отраслей узбекского права на основе рецепции кодексов и законов РСФСР. Были приняты: Уголовный кодекс (1926), Гражданский кодекс (1927 г.), Уголовно-процессуальный кодекс (1927 г.), Земельно-водный кодекс (1929 г.), Кодекс законов о труде (1929 г.), Кодекс законов о браке, семье, опеке и записи актов гражданского состояния (1928 г.).

В 60-70-х годах осуществляется вторая кодификация всех отраслей права. Принимается 16 кодексов: Гражданский (1963 г.), Семейно-брачный (1969 г.), Гражданско-процессуальный (1970 г.),

Трудовой (1971 г.), Исправительно-трудовой (1970 г.), Водный (1972 г.) и др. Кроме того, были приняты многочисленные законы и подзаконные акты по отдельным отраслям права. Таким образом, в начале 90-х годов по своей форме узбекское право было писаной кодифицированной системой права.

Советская правовая система Узбекистана служила интересам командно-административной плановой экономики, игнорировала политический плюрализм, утверждала монополию одной партии и была сильно идеологизирована. Кроме того, законодательный орган республики лишь копировал союзные или российские законы, партийные и правительственные решения. Многие законы были по сути своей эклектичны, оторваны от реальных условий, а порой противоречили национальным особенностям и традициям, интересам республики, ущемляли ее суверенитет. В международно-правовом отношении Узбекистан был замкнут в рамках социалистического лагеря и фактически не имел свободных выходов в мировое сообщество, не выступал как равноправный субъект международного права.

Четвертый, современный период в развитии узбекского права начинается с сентября 1991 г., когда на политической карте мира появилось новое суверенное государство - Республика Узбекистан. Это период суверенного развития и нового возрождения узбекского права. За годы независимости был избран собственный путь правового обновления и прогресса. В этих целях были изучены опыт законоотворчества многих стран мира и отечественные юридические традиции. Многие принимаемые законы предварительно прошли экспертизу в известных международных юридических организациях и у зарубежных специалистов.

В настоящее время сложилась целостная система государственно-правового регулирования процесса демократических преобразований и социально-экономических реформ в Узбекистане. Она органически сочетает в себе все ветви власти: президентскую форму правления, законодательную, исполнительную и судебную, власть.

Быстрый рост законодательного массива - отличительная черта современной правовой системы Узбекистана. За пять лет независимого правового развития в Узбекистане принято более 200 законов (конституционные и обычные), кодексов, других нормативных актов¹. Новое законодательство призвано служить юридической основой для укрепления государственного суверенитета, демократизации общества, перехода к социально ориентированной рыночной экономике, для развития экономических, торговых, культурных и дипломатических отношений с зарубежными государствами.

2. Современное право Узбекистана и романо-германская правовая семья

Право соединяет элементы общего, особенного и единичного и в этом смысле имеет как абстрактную, так и весьма конкретную, в частности национальную, природу. Право - явление общечеловеческой и национальной культуры, отражение тех или иных цивилизаций.

Современную правовую систему Узбекистана характеризует прежде всего ее принадлежность к континентальной, романо-германской правовой

¹ Большинство этих законов собрано в четырех сборниках законодательных актов. См.: Конституционное право Республики Узбекистан: (Сб. нормат. актов) // Составитель А.Х. Саидов. Ташкент, 1995. Т. I. II; Права человека: Единство общечеловеческого и национального: (Сб. международных договоров и законов Республики Узбекистан) // Составитель А.Х. Саидов. Ташкент, 1995. Т. I. II.

семье. Формализованная, достаточно абстрактная законодательная норма преобладает здесь над другими юридическими источниками и имеет тенденцию к тому, чтобы подменить их полностью. Однако, как бы ни были близки системы источников права Узбекистана и стран Европейского континента, они значительно различаются по ряду параметров.

Современное узбекское право вполне может быть отнесено к романо-германской правовой семье по следующим основным параметрам:

1. Узбекистан - страна кодифицированного права. Основной источник права - законодательство, т.е. нормативные акты, издаваемые высшими органами государства. Основные отрасли узбекского права кодифицированы.

2. Строгая иерархия источников права. В целом система источников узбекского права включает: Конституцию, конституционные законы, обычные законы, указы Президента, постановления Кабинета Министров, нормативные правовые акты, издаваемые центральными и местными органами власти и управления.

В отношении правовой системы, основанной на романо-германской традиции, особенно важным представляется наличие "классических" кодексов, т.е. кодексов, изданных по модели наполеоновских кодификаций. В последние годы приняты кодексы: Уголовный (1994 г.), Уголовно-процессуальный (1994 г.), Гражданский (ч. I, 1995 г., ч. II, 1996 г.), Гражданско-процессуальный (1995 г.);

3. Принцип верховенства закона - важнейший элемент иерархического построения системы источников права. При этом особое значение имеет принцип верховенства Конституции. Это означает: запрет всякой деятельности, в том числе законодательной, противоречащей Конституции; главенст-

во конституционных норм по отношению к традиционным критериям, средствам толкования и применения закона; обязанность всех нормотворческих органов действовать в развитие конституционных норм; особый характер принятия Конституции и усложненный порядок конституционного пересмотра; особую охрану Конституции, другими словами, наличие конституционного контроля.

4. Основные принципы судебной организации и судопроизводства. Судебная власть осуществляется через Конституционный суд, Верховный Суд и Высший хозяйственный суд, образующие единую судебную систему.

Впрочем, основные элементы романо-германской правовой семьи начали внедряться в узбекское право с момента колониального завоевания Россией Средней Азии и в период действия советского права. Однако в условиях колониальной зависимости и сверхцентрализованной социалистической плановой экономики, основанной на исключительном господстве государственной собственности, демократически неразвитой однопартийной политической системы, основные правовые институты при внешнем сходстве с институтами права западных стран существенно отличались от них. Да и само право в целом играло значительно меньшую роль в жизни узбекского общества.

Провозглашение государственной независимости, курс на рыночную экономику, движение к политическому и идеологическому плюрализму открыли широкие возможности к сближению узбекского права с континентальной правовой системой не только по внешней форме, но и по содержанию. Это нашло свое отражение как в сфере публичного права, где постепенно утверждаются основные параметры правового государства - разделение властей, первостепенная роль института публичных

свобод, конституционный контроль, судебная защита как универсальный способ защиты и др., так и в сфере частного права - признание многообразия форм собственности и первостепенного значения частной собственности, свободного предпринимательства, институтов рыночного права и др.

Благодаря новым тенденциям близость узбекского права к романо-германской правовой семье становится существенным фактором их сближения. Унификация в международно-правовых сферах - 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, сходство правовых норм и соответственно судебной практики.

Вместе с тем узбекский законодатель не следовал по пути послевоенной романо-германской законодательной традиции, т.е. частных кодификаций. Тот факт, что западный законодатель не пошел на коренные реформы кодексов, а ограничился частичными их исправлениями, что в свою очередь не могло не нарушить их внутренней структуры, усиливает позиции тех ученых, которые считают кодификацию пройденным этапом правового развития и говорят о декодификации права. Так, следует отличать "классические" кодексы Наполеона от современных французских отраслевых кодексов (трудового, социального обеспечения, сельскохозяйственного, лесного, горного и т.д.), представляющих собой компиляцию правовых актов, обычаев и судебных решений.

Важно отметить, что вопрос о соотношении кодифицированной и некодифицированной частей правовой системы Узбекистана не должен рассмат-

риваться по принципу "или - или". Узбекское право - это в основном кодифицированное право. Однако это не означает, что в нем не может быть не кодифицированных отраслей. Все дело в соотношении. Исторически так: если в континентальных правовых системах преобладает кодифицированное право, то в англо-американском общем праве - не кодифицированное.

Становление национальной правовой системы Узбекистана подтверждает общую закономерность правового развития. Речь идет о том, что публичное право быстрее меняется в период политических революций, частное право - в ходе социальных революций. В первом случае особенно велика роль элиты и мыслителей, которые формируют правообразующие идеи.

Если после провозглашения государственной независимости быстрее развивались отрасли публичного права, то в настоящее время активнее складывается рыночное законодательство, относящееся к частному праву. Происходит кодификация в области публичного права в таких отраслях, как конституционное, административное, уголовное право, законодательство о судебной системе, о гражданском, хозяйственном и уголовном судопроизводстве, о прокуратуре. Публично-правовая отрасль законодательства непосредственно выражает экономическую политику государства и влияет на гражданско-правовые, трудовые отношения, отношения природопользования.

Правовое регулирование рыночных отношений в основе своей относится к сфере частного права. Новый Гражданский кодекс Узбекистана - основополагающий кодификационный акт частного права - регламентирует весь спектр имущественных отношений, включая в себя нормы о предпринимательской деятельности. Предпринимательское за-

конодательство развивается как комплексный нормативный массив с учетом необходимости государственного регулирования, но с приоритетом частноправовых норм.

Из сферы классического гражданского права в Узбекистане выделились отрасли трудового и семейного права и соответствующие отрасли законодательства. Налоговые и бюджетные отношения регулируются финансовым правом.

Следует отметить, что в современных условиях расширяется сочетание частноправовых и публично-правовых подходов правового регулирования в различных отраслях узбекского права. Примером могут служить природоохрнительное, а также земельное, водное законодательство. В то же время утратило свое значение колхозное право.

В практике правового регулирования социальной защиты населения в Узбекистане кодифицируется законодательство, относящееся к социальной сфере жизни общества. Обособилось пенсионное законодательство. К нему примыкают развивающаяся система компенсаций и льгот, предоставляемых нуждающимся слоям населения. В этой связи можно усмотреть выделение законодательства о социальном обеспечении из состава трудового законодательства в самостоятельную отрасль.

Сильная социальная политика в Узбекистане предопределяет развитие социального права. В нем объединяются нормы и принципы правовой регламентации социального обеспечения и других сфер социальной защиты нуждающегося населения, а также специальное законодательство в области образования, здравоохранения, все более выходящее за рамки административного права. Они вправе занять место подотраслей социального права. Впрочем, регулирование в социальной сфере в форме социального права развивается в настоящее

время в законодательстве Франции, Германии, Швеции и других стран Европы, сохраняя при этом связь с правом административным по аспектам государственного управления в соответствующих сферах.

Таким образом, в Узбекистане сложилась характерная для европейской континентальной правовой семьи система источников права, отраслей и многоотраслевого законодательства.

3. Традиции шариата и современное право Узбекистана

Законодательство должно отражать укоренившиеся в повседневной жизнедеятельности населения народные традиции, обычаи, нравственные нормы, унаследованные из вековой истории межличностного и межнационального общения и вероисповедания, которые не противоречат общечеловеческим ценностям, правам и свободам людей. Нельзя повернуть вспять Реку Времени, нельзя вернуть гражданское, светское общество в эпоху господства норм шариата. Шариат - явление безусловно конкретно-историческое. Вряд ли его нужно в современном обществе возводить в абсолют, трактовать буквально. Это будет противоречить самой прагматической философии шариата, где дух возвышается над буквой, новое не отвергается, а согласовывается с известным. Было бы разумно учитывать примирительный опыт регулирования определенных сфер частного права шариатом при строительстве правового общества в Узбекистане.

Такие подходы уже складываются. Взять, к примеру, приоритет семьи и социальной поддержки (в духе садака - добровольного дара нуждающимся). Еще со времен халифов Аббасидов (первым поступил так ал-Мансур) кадий - судья - был выведен из

под воздействия местных властей. Ныне эта традиция, направленная на независимость судей, в современной форме воплощена в п. 11 ст. 93 Конституции Республики Узбекистан.

Творческое применение комментаторских традиций фикха представляет интерес для поисков путей судебной реформы. И здесь возрастает роль толкования Конституционным Верховным судом законов, характерных для правовой культуры исламского мира.

В Гражданском кодексе Османской империи "Маджаллат ал-ахкам ал'адлийа", подготовленном в 1869-1877 гг., были закреплены 99 принципов мусульманского права и обращает на себя внимание богатый инструментарий цивилистической культуры. В нем четко определены многие нормы мусульманского гражданского и торгового права: институты купли-продажи, найма, движимого и недвижимого имущества, работника, поручительства, залога, коммерческих и соседских товариществ и др. Здесь особенно интересна правовая этика торговых и трудовых сделок, коммерческих отношений, т.е. как раз то, на отсутствие чего нередко жалуются современные предприниматели.

Особенностью современного узбекского общества является восприятие религии ислама как части культуры народа, как носителя общечеловеческих ценностей, хранителя национальных духовных традиций. Религиозные принципы и нормы служат своеобразным критерием духовно-нравственного состояния общества. Отсюда большое влияние религии и ее норм и принципов на жизнь общества. Ими в значительной степени определяются менталитет узбекского народа, те ценности, которые им разделяются.

Для узбекского образа жизни характерны общинность и патернализм государства. Конечно,

община - универсальная форма, которую проходят все народы мира, но в Узбекистане коллективистские начала, коллективные интересы всегда преобладали над интересами частными, индивидуальными. Слабость личностного начала - специфическая черта узбекского юридического быта. Это следует учитывать при попытках внедрить в узбекскую жизнь и ускорить развитие частного предпринимательства с глобальным охватом частной собственностью различных сфер жизни.

Правовая реформа должна базироваться на традиционных для Узбекистана религиозно-нравственных принципах и нормах, и только тогда законы обретут свою жизненность и будут восприняты обществом. Поэтому в принимаемых законах обязательно должны быть учтены и отражены укоренившиеся в повседневной жизнедеятельности населения народные традиции, обычаи, нравственные нормы, которые унаследованы из вековой истории межличностного и межнационального общения и вероисповедания и не противоречат общечеловеческим ценностям, правам и свободам людей.

Разумеется, традиции шариата должны изучаться прежде всего в рамках юридического образования и правовой науки, а затем законодательной политики и обязательно с позиций правового прогресса, человечности и цивилизованности.

4. Конституция - центр правовой системы Узбекистана

Еще в конце 80-х годов стала очевидной необходимость конституционной реформы. После провозглашения государственного суверенитета общество не могла удовлетворить советская Конституция, принятая при старом общественно-государственном строе (1978 г.), в рамках конституции-

онной системы бывшего СССР. Не увенчалась успехом и попытка приспособить старую Конституцию к новым реалиям. Свыше 100 изменений и дополнений, внесенных в ее текст, лишили ее внутренней логики и породили многочисленные противоречия.

Конституционная реформа в Узбекистане была эволюционной и непрерывной. Еще в марте 1990 г. в период существования СССР Узбекистан первым из союзных республик ввел президентскую форму правления. Это было началом реорганизации и обновления политико-правовой системы в Узбекистане. В июне 1990 г. были приняты Декларация о суверенитете и Постановление Верховного Совета республики о создании Конституционной комиссии для разработки новой Конституции Узбекистана. В юридическом смысле эти акты были новыми, поскольку в теории и практике государственно-правового строительства Узбекистана они принимались и проводились впервые.

Новая Конституция 1992 г. стала “визитной карточкой” суверенного Узбекистана. Она воплощает в себе традиции многовековой собственной юридической истории и принципы мирового конституционного опыта. Если рассматривать новую узбекскую Конституцию в связи с мировым конституционным развитием, то можно сказать, что она последовательно вписывается в ряд конституций “второго поколения”, принятых в западноевропейских странах после окончания второй мировой войны.

Мировой конституционный опыт был использован в Конституции Узбекистана через:

- принципы конституционного регулирования - права человека, приверженность нормам международного права, разделение властей, стабильность Конституции;

- отказ от идеологизации, т.е. Конституция не стремится навязать обществу заранее predetermined в соответствии с господствующей идеологией экономической строй;

- конституционные гарантии - верховенство Конституции, создание Конституционного суда, особый порядок изменения Основного закона;

- президентскую республику как одну из форм прямого народовластия, ибо Конституция определяет правовое положение Президента как главы государства и исполнительной власти;

- конституционную технику, т.е. организацию текста в Преамбуле и по разделам, главам и статьям, а также логику их расположения;

- юридикацию и краткость содержания, с тем чтобы не создавать излишнюю регламентацию, сковывающую реальную государственную жизнь; этой же задаче отвечает сведение к минимуму в Конституции так называемых отсылочных норм на будущие законы¹.

Часто утверждают, что Конституция Узбекистана 1992 г. построена по французской модели. Это утверждение справедливо лишь отчасти. Разумеется, Конституция Узбекистана имеет свои особенности и отличается от французской Конституции. Достаточно вспомнить, что узбекский парламент в отличие от французского однопалатный. Однако если говорить о предусмотренной Конституцией Узбекистана 1992 г. форме правления, то здесь близость к французской модели очевидна. Узбекистан, как и Франция, - республика президентского типа, причем обе они отличны от президентской республики американского образца. Несомненная близость узбекской Конституции к французской

¹ Подробнее см.: Саидов А.Х. Мировой конституционный опыт и концептуальные ориентиры Конституции Республики Узбекистан. Ташкент, 1992.

модели обнаруживается: в процедуре избрания Президента, в объеме полномочий Президента как главы государства, в его роли в формировании и деятельности Правительства, в праве роспуска парламента в порядке, предусмотренном Конституцией.

В отличие от советских основных законов в новой Конституции Узбекистана нет засилья евроцентристского конституционного регулирования, но есть разумный учет норм гражданского общества, разделения властей, сдержек и противовесов власти, присущих демократическим конституциям стран Запада. И здесь же очевидно влияние духовно-правовых традиций ислама, уммы (общины), конституционное понимание государства как большой семьи, где лидер ответствен за спокойствие, достоинство и благополучие ее членов.

Конституция Узбекистана 1992 г. - это творческое единство отечественных государственно-правовых, духовно-культурных потребностей в прогрессе и мирового опыта устойчивого конституционного саморазвития.

Критериями качества и эффективности Конституции Узбекистана являются:

во-первых, соответствие Конституции потребностям и перспективам развития демократического правового государства в Узбекистане. Здесь учтено единство потребностей переходного периода и перспектив наращивания самостоятельного опыта узбекской государственности и права;

во-вторых, самостоятельное творческое применение мирового конституционного опыта и учет всего богатства отечественных исторических и юридических традиций в конституционном правотворчестве Узбекистана;

в-третьих, высокий потенциал правоприменения Конституции;

в-четвертых, ведущая роль Конституции как источника действующего права и ориентира конституционного и текущего законодательства;

в-пятых, значение Конституции в достижении стабильности в государстве и обществе, т.е. ее плюралистические, консенсусные возможности;

в-шестых, юридическая техника, смысловая целостность и системность Конституции, которая обеспечивает ее содержательную непротиворечивость;

в-седьмых, международно-правовой тезаурус (общность понимания) основных терминов в Конституции, что облегчает ее включение в общемировое правовое пространство.

Конституция Узбекистана 1992 г. - иерархически важнейший источник узбекского права. Она служит не только юридической базой принятия новых, основанных на ней нормативных правовых актов ("внешнее" изменение правовой системы), но и критерием для решения вопроса о конституционности действующих правовых норм (изменение правовой системы "изнутри").

Юридические свойства узбекской Конституции как центра правовой системы проявляются в следующем:

1. Конституционные нормы являются высшим материальным критерием узбекского права. Все что содержится в узбекском праве и проявляется в нем, должно соответствовать конституционным нормам.

2. Наличие в тексте Конституции указания на основные принципы правовой системы, которые сформулированы в разделе первом. Это: человек, его права и свободы как высшая ценность, народовластие, осуществляемое непосредственно (референдум) и через представительные органы, правовое государство, политический и идеологический

плюрализм, разделение властей, свобода экономической деятельности и равноправие форм собственности, примат международного права. Никакие другие положения Конституции и отраслей права не могут противоречить этим принципам.

3. Конституционное определение системы источников права путем регулирования компетенции государственных органов. Здесь необходимо уточнить, что Конституция дифференцировала не все виды источников, а лишь писанные.

4. Сами конституционные нормы являются непосредственно действующим правом. Цели и принципы Конституции имеют прямое действие, они непосредственно воспринимаются людьми и влияют на их поведение.

5. Становление новой системы законодательства Узбекистана

Частью правовой системы выступает современная система законодательства Узбекистана. Создание стабильной правовой системы, развивающейся эволюционным путем, является приоритетным в аспекте законодательного закрепления новых общественных отношений и социальных ценностей.

Создание новой законодательной системы осуществляется по нескольким важнейшим направлениям.

Первое направление - создание правовых основ государственного строительства. Развал бывшего СССР, обретение государственной независимости Узбекистаном выдвинули в число первоочередных задачи государственно-правового строительства. Прежде всего это утверждение принципов суверенитета, демократии, народовластия, прав человека, одним словом, создание правового государства

и гражданского общества. Возникла необходимость формирования новых институтов государственной власти и их укрепления. Конечно, многие из этих задач возникали перед Узбекистаном и ранее, но после распада СССР их значимость и актуальность многократно возросли.

В рамках этого направления приняты конституционные законы "Об основах государственной независимости Республики Узбекистан" (1991 г.) и "Об Олий Мажлисе Республики Узбекистан" (1994 г.), законы о Кабинете Министров Республики Узбекистан (1993 г.), о судах (1993 г.), о Конституционном суде (1993 г.), о Высшем хозяйственном суде (1993 г.), законы о выборах в Олий Мажлис (1993 г.), о выборах Президента (1991 г.), о референдуме (1991 г.), о прокуратуре (1992 г.), о государственной власти на местах (1993 г.), об органах самоуправления граждан (1993 г.) и др.

Образован уникальный механизм самоуправления граждан, корнями уходящий в народные традиции и исторически сложившиеся общинные отношения, - махалля. Признано, что органом самоуправления, способствующим реализации гражданами их права на участие в управлении делами государства, объединяющим их для решения на своей территории социальных и хозяйственных задач, является сход граждан поселков, кишлаков, махаллей.

Второе направление - формирование системы рыночного законодательства, закладывающего основу для новых экономических отношений, и прежде всего отношений собственности и свободной предпринимательской деятельности. Правовое регулирование хозяйственной деятельности становится основной формой государственного воздействия на экономику. Переход к рыночной экономике потребовал принятия многочисленных законов и других нормативных правовых актов (указов

Президента, постановлений Правительства и ведомственных актов). В них регламентируются вопросы собственности, правовое положение предприятий, порядок осуществления иностранных инвестиций, решаются другие вопросы предпринимательской деятельности.

Принят новый Гражданский кодекс - хартия рыночного права. К рыночным законам относятся: законы о собственности (1990 г.), о земле (1991 г.), о разгосударствлении и приватизации (1991 г.), о залоге (1992 г.), об аренде (1991 г.), о приватизации государственного жилищного фонда (1993), о предприятиях (1991 г.), о кооперации (1991 г.), о дехканском (фермерском) хозяйстве (1992 г.), о хозяйственных обществах и товариществах (1992 г.), о банках и банковской деятельности (1996 г.), о денежной системе (1994 г.), о валютном регулировании (1993 г.), о предпринимательстве (1991 г.), о страховании (1993 г.), о биржах и биржевой деятельности (1992 г.), о ценных бумагах и фондовой бирже (1993 г.), об аудиторской деятельности (1992 г.), о налогах с предприятий, объединений, организаций (1991 г.), об ограничении монополистической деятельности (1994 г.), об акционерных обществах и защите прав акционеров (1996 г.), о механизме функционирования рынка ценных бумаг (1996 г.) и др.

Гарантируя равенство всех форм собственности, свободу экономической деятельности, свободное перемещение товаров и капиталов, рыночное законодательство открывает широкие возможности для свободного развития гражданского общества, формирования новой, рыночной, возможно смешанной, но во всяком случае более рациональной, чем прежняя, экономической структуры общества.

Третье направление - создание законодательства, обеспечивающего конституционные и юриди-

ческие права человека, социальные гарантии и социальную поддержку населения. Приняты законы, регламентирующие и гарантирующие права и свободы человека, общественных организаций, свободу совести и вероисповедания, средств массовой информации.

Складывается система социального законодательства. Принятые Трудовой кодекс (1995 г.), законы о занятости (1992 г.), об охране труда (1993 г.), о социальной защите инвалидов (1991 г.), о государственном пенсионном обеспечении граждан (1993 г.), об основах государственной молодежной политики (1991) защищают интересы наиболее нуждающихся слоев населения в сложных условиях перехода к рынку.

Не менее важным, чем рассмотренные, является четвертое направление законотворчества. Не уделяя внимания нравственному здоровью общества, духовному развитию его членов, повышению их правовой культуры, не удастся успешно разрешить и те практические задачи, которые определяют перспективы развития Узбекистана, т.е. необходимое законодательство, направленное на сохранение национальной самобытности, языка, образования и культурного наследия.

Узбекистан присоединился к основополагающим документам ЮНЕСКО, таким, как Гагская конвенция о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта (1954 г.), Конвенция об охране всемирного культурного и природного наследия (1972 г.), Конвенция о мерах, направленных на запрещение и предупреждение незаконного ввоза, вывоза и передачи права собственности на культурные ценности (1970 г.).

Законы о флаге (1991 г.), гербе (1992 г.) и гимне (1992 г.) демонстрирует всему миру нормы чести, гордость, историческую память и устремления на-

родов Узбекистана. Важное значение для духовного возрождения имеют законы о государственном языке (1989 г.) и гражданстве (1992 г.). Реализуются законы об образовании (1992 г.), об охране природы (1992 г.), об особо охраняемых территориях (1993 г.). Духовно-культурное законодательство направлено на сохранение ценностей для народа, для его духа, утверждение самосознания, жизнелюбия, на укрепление патриотизма. Именно этим духом и сильно любое государство.

Пятое направление - создание правовых основ, определяющих Узбекистан как равноправного субъекта международных отношений, - одно из новых и практически неизведанных направлений законотворческой деятельности. В условиях тоталитарной унитарной системы де-факто Узбекистан был лишен возможности прямого выхода на международную арену, не имел своих внешнеполитических и внешнеэкономических государственных институтов и не обладал своим законодательством.

Ратификация Узбекистаном основных международных пактов и соглашений открыла новую страницу в истории развития внешних связей страны. Основополагающими в сфере внешнеполитической деятельности являются законы о порядке назначения и отзыва глав дипломатических представительств (1992 г.) и об установке дипломатических классов и рангов для дипломатических работников (1992 г.), о международных договорах (1996 г.), Консульский устав (1996 г.).

Во внешнеэкономической сфере важное значение имело принятие законов, направленных на создание юридических основ привлечения иностранных инвестиций в экономику республики, расширение внешнеэкономической деятельности. Законы "Об иностранных инвестициях и гарантиях деятельности иностранных инвесторов" (1994 г.), "О

внешнеэкономической деятельности” (1992 г.) направлены на создание нормального юридического “инвестиционного климата” для иностранных инвесторов. Инвестиционные законы Узбекистана, как и двусторонние соглашения о гарантиях и защите иностранных инвестиций и многосторонние конвенции (Вашингтонские конвенции о разрешении инвестиционных споров 1965 г. и Сеульская конвенция о страховании инвестиций 1985 г.), содержат нормы публичного права, определяющие статус иностранной частной собственности, правовой режим иностранных инвестиций, гарантии иностранных инвестиций от “политических” рисков (национализация, налогообложение, экспортные и импортные пошлины, перевод капиталов и прибылей и т.д.), условия юридической защиты законных прав и интересов иностранных инвесторов. Конкретные частные международные инвестиционные отношения регулируются нормами гражданского законодательства, т.е. частным правом.

Таким образом, современное законодательство Узбекистана создает правовую основу переходного периода, процесса юридической смены изживших себя общественно-политического строя и экономических отношений, утверждения новых, демократических норм и социально-правовых гарантий. Разумеется, уровень развитости и качество законодательной системы определяются не количеством принятых законов, а исполнением этих законов на всех уровнях, ибо правовые нормы живут и действуют только тогда, когда они живут в человеке и действуют через него, отражают исторические традиции, обычаи, духовно-нравственные нормы.

Постепенно трансформируется правовая идеология, идет поиск наиболее действенных форм правового регулирования, тесной увязки законотвор-

ческой практики и организации правоприменительного процесса с экономическими и политическими реформами.

Правовые ценности и идеалы современного демократического государства, закрепленные в Конституции Узбекистана, а также более тесная интеграция нашей правовой системы с международным правом обязывают использовать позитивный международный и зарубежный юридический опыт в формировании единой системы узбекского законодательства.

6. Правовая система Узбекистана и международное право

Правовую систему любого государства нельзя рассматривать вне связи с другими национальными правовыми системами и с международным правом. Такой “правовой треугольник” служит общим правовым пространством, на котором взаимодействуют, сталкиваются, сосуществуют разные нормативные правовые массивы. Причем в этой взаимосвязи есть немало устойчивого и закономерного, противоречивого и случайного. В основе лежат общие интегративные процессы, укрепляющиеся сотрудничество государства в экономической, социальной, культурной и иных сферах.

Конституция Узбекистана 1992 г., отведя международному праву важное место в правовой системе (ст. 17), обусловила тесное соприкосновение Конституционного суда Республики Узбекистан с международным правом. Речь идет о том, что, согласно ст. 109 Конституции Узбекистана, Конституционный суд страны определяет соответствие Конституции межгосударственных договоров. Общепризнанные принципы и нормы международного права в практике Конституционного суда выступают как важные критерии конституционности

оспариваемых в Суде законов и иных нормативных актов, подпадающих под его юрисдикцию.

В современный период, когда ведется интенсивная работа по совершенствованию узбекского законодательства, требуется использование методов как внутригосударственного, так и международно-правового регулирования. Сегодня практически любая отрасль законодательства связана с международными договорами. В государственном праве это конституционные основы внешней политики, компетенция высших органов государственной власти в сфере международных отношений, регламентация гражданства, прав и свобод личности. В гражданском и семейном праве, гражданском процессе это как традиционные вопросы международного частного права, вопросы оказания правовой помощи по гражданским и семейным делам, так и получившие особую актуальность вопросы совершенствования внешнеэкономических связей, в уголовном праве и уголовном процессе - многоплановые аспекты сотрудничества в борьбе с преступностью, оказания правовой помощи по уголовным делам.

Конституция Узбекистана 1992 года восприняла комплекс принципов и норм международного права из Устава ООН, Всеобщей Декларации прав человека 1948 г. и из других международных пактов по правам человека, из Хельсинкского Заключительного акта, Парижской и Мадридской хартий. Такой подход особенно ярко выражен не только в гл. IV "Внешняя политика", но и в Преамбуле, разделе втором "Основные права, свободы и обязанности человека и гражданина" и разделе третьем "Общество и личность", гл. XXIII "Избирательная система", гл. XXII "Судебная власть Республики Узбекистан", гл. XXVI "Оборона и безопасность".

Впервые в истории узбекского права в Конституции Узбекистана провозглашен приоритет об-

шепризнанных норм международного права над внутригосударственными. Это полностью соответствует общей тенденции решения вопроса о соотношении внутригосударственного и международного права, отражающей возросшую роль последнего во второй половине XX в.¹

В связи с этим следует отметить, что правила и принципы, рекомендуемые международными актами (актами международных организаций), не отражают всего мирового юридического опыта. Многие из них в силу сложившихся обстоятельств представляют собой переложение доктрин англосаксонского общего права (Common Law), правда, сильно американизированного. Рекомендации, исходящие от Совета Европы, естественно, отражают традиции континентального права. Мировой опыт шариата, в частности мусульманского судопроизводства, буддистских уголовных процессов, на сегодняшний день, пожалуй, самого эффективного в мире - японского, в используемых в Узбекистане международных документах практически отсутствует.

В настоящее время ощущается настоятельная необходимость расширения нормативного арсенала международных организаций, включения в него модельных законов. Вызовы, с которыми сталкивается мировое сообщество вследствие появления новых технологий, маргинализации стран и народов из-за неравномерности развития, требуют поиска адекватных решений, которые могли бы быть восприняты государствами - членами международных организаций. Как показывает международный опыт, сближение национальных законодательств через конвенционные механизмы носит долгий и трудный характер. Такие международные и регио-

¹ См.: International Law in Comparative Perspective /Ed. W. Butler. 1980.

нальные организации, как ООН, ЮНЕСКО, Совет Европы и др., могли бы стать своеобразными центрами концентрации и анализа международного юридического опыта в сферах своей компетенции и выработки научно обоснованных моделей законодательного регулирования. Созданные всемирно признанными специалистами модельные рамочные законы могли бы очень пригодиться странам, не имеющим соответствующих законов или желающих их модернизировать. По сравнению с конвенциями такие модели, синтезирующие лучшие формулы современной юридической мысли, имели бы куда большую вероятность быть выработанными и согласованными. По сравнению с рекомендациями модельные законы, подкрепленные непрерываемым авторитетом международных организаций, могли бы рассчитывать на куда большую эффективность, поскольку сокращают путь от идеи к закону. Модельные законы послужили бы, кроме того, основой гармонизации общемирового правового пространства.

В целом привнесение в национальное право консолидированного мирового юридического опыта, каковым, по-видимому, является международное право, становится ведущей тенденцией правового развития.

7. Правовая система Узбекистана и юридическая наука

В процессе развития современного узбекского права значительная роль принадлежит юридической науке, которая призвана, во-первых, способствовать преодолению сложившихся идеологических стереотипов и, во-вторых, теоретически проанализировать и обосновать возможные направления эволюции правовой системы Узбекистана.

Особенно значительная нагрузка ложится при этом на сравнительное правоведение.

Узбекское правоведение находится на пути преодоления одностороннего понимания и измерения права. Все чаще используется многоаспектный подход к праву в широком историко-культурологическом и религиозно-нравственном плане, соответствующий традициям отечественной политико-правовой мысли.

Осмысление исторического правового опыта развития узбекского общества свидетельствует о необходимости сохранения всего прогрессивного, добытого в ходе многовековой истории человечества, сбережения наработанных им ценностей. Одной из таких ценностей являются и некоторые институты и нормы права.

Принципиальное значение для анализа узбекской правовой системы имеет оценка распространенности досоциалистических форм социального регулирования. Однако распространенность феодальных пережитков, роль шариатских форм правового регулирования в современной ценностно-нормативной организации узбекского общества не следует преувеличивать. В настоящее время элементы традиционализма в большей степени присутствуют на уровне обыденного правосознания, но отсутствуют в нормативном звене правовой системы и правореализации. Сейчас для Узбекистана характерно развитие социальных ценностей в праве, усиление роли права в жизни общества, актуализируется понимание регулятивной ценности права, постепенно уходит в прошлое нигилистическое отношение к нему.

Одной из главных особенностей правового развития в конце XX столетия является почти полное исчезновение с юридической карты мира «социалистического» типа права. Ведущая тенденция раз-

вития права в постсоциалистических странах - далеко идущее сближение с «буржуазным» типом права. Это обстоятельство не только ломает признанные классификации правовых систем современности, прежде всего класси- ацию известного французского компаративиста Р. Давида¹. Оно требует изучения нового, постсоциалистического права в ракурсе сравнительного правоведения.

¹ С.: Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1988.

АКМАЛ ХОЛМАТОВИЧ САИДОВ

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ

(Учебное пособие)

Редакторы *Р. Закиров; М. М. Славин*
Художник *А. Бахромов*
Техн. редактор *А. Рахимов*

Подписано в печать. 10.06.1999 г. Формат 84x108 $\frac{1}{32}$. Бумага офсетная.
Печ. л. 15,0. Уч. изд. л. 23,3. Тираж 5000. Заказ № 4144. Цена договорная.

Издательство «Адолат» при Министерстве юстиции Республики
Узбекистан, 700047, Ташкент, ул. Сайилгох, 5.

Типография ИПК «Шарк», 700083, г. Ташкент,
ул. Буюк Турон, 41.