

Министерство образования Республики Беларусь

Учреждение образования
«Полоцкий государственный университет»

А. В. ЕГОРОВ

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ

УЧЕБНО-МЕТОДИЧЕСКИЙ КОМПЛЕКС
для студентов специальности 1-24 01 02 «Правоведение»

Новополоцк
ПГУ
2008

УДК 340.1(075.8)
ББК 67.082я73
Е30

Рекомендовано к изданию советом юридического факультета
в качестве учебно-методического комплекса (протокол № 8 от 21.04.08)

РЕЦЕНЗЕНТЫ:

Н.И. ПОРУБОВ, д-р юрид. наук, проф., заслуженный деятель науки
Республики Беларусь, Академия МВД Республики Беларусь;
В.А. БОГОНЕНКО, канд. юрид. наук, доц., зав. кафедрой гражданского права
УО «Полоцкий государственный университет»

Егоров, А. В.
Е30 Сравнительное правоведение : учеб.-метод. комплекс для студ. спец.
1-24 01 02 «Правоведение» / А. В. Егоров. – Новополоцк : ПГУ, 2008. –
104 с.
ISBN 975-985-418-678-8.

Дано понятие сравнительного правоведения, изложены вопросы правовой
семьи, правовых систем. В модулях приведена примерная тематика
реферативных сообщений, курсовых и дипломных работ. Представлены
материалы для самостоятельной проработки и самоконтроля, предложена
литература для изучения.

Предназначен для студентов вузов специальности «Правоведение». Может
быть полезен для правоприменителей и субъектов нормотворческой
деятельности.

УДК 340.1(075.8)
ББК 67.082я73

ISBN 975-985-418-678-8

© Егоров А. В., 2008
© УО «Полоцкий государственный университет», 2008

ВВЕДЕНИЕ

Первый учебно-методический комплекс (УМК), подготовленный по сравнительному правоведению, предназначен для студентов и слушателей, которые завершают обучение по юридической специальности и уже имеют профессиональное представление о своей правовой системе и основных отраслях национального права.

Курс сравнительного правоведения помогает будущему специалисту в области права расширить свой юридический кругозор. Знание правовых традиций других стран и народов позволяет юристу ориентироваться во всем множестве правовых систем современности, а при необходимости – правильно применять иностранные нормы права и даже заимствовать их для собственной правовой системы. Поэтому предлагаемый курс будет полезен не только для студентов, слушателей, аспирантов, но и для правоприменителей и субъектов нормотворческой деятельности.

Структура УМК носит модульный характер. Весь материал курса распределен по трем модулям.

Модуль 1 «Понятие сравнительного правоведения» посвящен теории правовой компаративистики, ее методологическим основам, без знания которых невозможно ни одно сравнительно-правовое исследование. Задания к материалу модуля носят исследовательский характер и представлены в виде самостоятельных заданий на определенную теоретико-методологическую тему.

Модуль 2 «Правовая семья» дает представление о теоретических основах классификации правовых систем и знакомит обучаемого с тремя семьями права, функционирующими сегодня. Задания к данному модулю носят более простой характер и традиционно представлены в виде вариантов контрольных работ, которые обучаемые выбирают по последнему номеру своей зачетной книжки.

Модуль 3 «Правовые системы» представляет собой хрестоматийное изложение материала о трех представителях разных семей права: романо-германская правовая семья представлена французской правовой системой, англо-американская – английской и религиозно-общинная семья права – китайской правовой системой.

Модули 1 и 2 содержат примерную тематику реферативных сообщений, курсовых и дипломных работ.

Изучение курса сравнительного правоведения следует начинать с модуля «Понятие сравнительного правоведения». Два последующих модуля могут изучаться одновременно, но после усвоения темы «Понятие правовой семьи» второго модуля.

Итоговой формой контроля усвоения знаний студентами является оценка выполненных заданий, приведенных в модуле, которая выставляется либо в виде экзаменационной оценки, либо в виде зачета.

МОДУЛЬ 1. ПОНЯТИЕ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ

1. Предмет и объекты сравнительного правоведения.
2. Объекты сравнительного правоведения.
3. Метод сравнительного правоведения.

Тема 1. Предмет и объекты сравнительного правоведения

Литература

1. Марченко, М.Н. Объект и предмет сравнительного права / М.Н. Марченко // Вестник МГУ. Сер. Право. – 1999. – № 2.
2. Марченко, М.Н. Понятие сравнительного права (сравнительного правоведения) / М.Н. Марченко // Вестник МГУ. Сер. Право. – 1999. – № 1.
3. Давид, Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К.Жоффре-Спинози. – М., 1997. – С. 7 – 28.
4. Gutteridge, H.C. Comparative Law: An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and research / H.C. Gutteridge. – L., 1949.
5. Саидов, А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности) / А.Х. Саидов. – М., 2000. – С. 19 – 54; 95 – 113.
6. Егоров, А.В. Введение в теорию сравнительного правоведения / А.В. Егоров. – Новополюк: ПГУ, 2007. – С. 5 – 36.

Предмет правовой компаративистики (сравнительного правоведения) представляется *в виде типичных, устойчивых, всеобщих закономерностей возникновения, функционирования и развития правовых элементов и явлений, существующих в различных правовых системах.*

Правовая типичность устанавливается в результате сопоставления объектов и их описания. Элементы иностранных правовых систем должны сопоставляться с однородными элементами сравниваемой системы, как правило, собственной. Изучение типичных закономерностей функционирования иностранных правовых элементов предполагает использование собственного национального компонента.

Сравнительное правоведение, определяя типичность иностранного правового явления, исходит из подобия объектов, имеющих в зарубежном и национальном праве.

Типичность исследуемых в сравнительно-правовой науке закономерностей касается *возникновения, функционирования и развития правовых элементов*, существующих в разных правовых системах. Оценка этих форм бытия правового объекта происходит с использованием как можно большего числа правовых систем.

Устойчивым по характеру своего возникновения, функционирования и развития является тот правовой элемент, который предполагает преемственность сущностных характеристик, вытекающих из природы «производящего» объекта и переходящих в содержание нового правового явления.

Признак *всеобщности* закономерностей возникновения, функционирования и развития правовых элементов разных систем определяет появление «сравнительного права». Сравнительное правоведение способствует образованию определенного абстрактного комплекса общетеоретических положений безотносительно к любой национальной правовой системе. Данная теоретическая модель, полученная в результате сравнения и обобщения разносистемных правовых элементов, может заменить традиционную «общую теорию права» на «всеобщую теорию права» или «сравнительное право».

Компоненты «возникновение», «функционирование» и «развитие» показывают весь сущностный ряд в диалектическом развитии иностранного правообразования.

Сравнительное изучение *возникновения* правовых элементов дает целостную картину об их генезисе.

Элемент *функционирования* выражает данность того или иного правообразования на момент исследования и составляет основной материал для исследователя.

Категория *развития* заложена в любом правовом образовании и дает основание исследователю выстроить алгоритм возможного состояния правового объекта в будущем.

Все три вида закономерностей существования иностранных правовых явлений представляют собой пространственно-временную категорию, с которой компаративисту приходится иметь дело. Это та объективная реальность, которая формирует и объективность предмета сравнительно-правовой науки, обусловленного типичностью, устойчивостью и всеобщностью закономерностей возникновения, функционирования и развития правовых элементов в различных системах.

Тематика реферативных сообщений, курсовых и дипломных работ

1. Методологические основания сравнительного правоведения.
2. Генезис предмета правовой компаративистики.
3. Сравнительное правоведение и общая теория права.
4. Сравнительное правоведение в системе юридических наук.
5. Сравнение как средство познания правовой действительности.
6. Компаративист как профессия.
7. Сравнительное правоведение как наука.

Задания:

№ 1

Примените логико-гносеологические основания сравнения в отраслевом исследовании (используя как минимум 2–3 правовых института). Из логико-гносеологических оснований можно использовать отдельные компоненты, например, сравнимость и несравнимость правовых институтов; монорелятивное и полирелятивное сравнения правовых институтов; количественное и качественное сравнение правовых объектов и т.п.

Исходные данные:

Бартон, В.И. Сравнение как средство познания / В.И. Бартон. – Минск: Изд-во БГУ, 1978.

Масленников, М.М. Методологическое значение сравнения в научном познании / М.М. Масленников. – Воронеж, 1968.

Егоров, А.В. Основы сравнительного правоведения: учеб. пособие / А.В. Егоров. – Новополоцк: ПГУ, 1999.

№ 2

Напишите коллективное эссе на тему «История сравнительного правоведения», распределив по группам исследования следующих направлений:

- французская школа сравнительного законодательства;
- сравнительное правоведение в России;
- сравнительное правоведение в Беларуси;
- историко-философское направление сравнительного правоведения в Германии;
- сравнительное правоведение в Англии;
- сравнительное правоведение в США.

Представьте результаты своих исследований на практическом занятии в роли представителей различных компаративистских школ, убеждая оппонентов в преимуществах своего научного направления.

Исходные данные:

Саидов, А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): учеб. / А.Х. Саидов. – М.: Юристъ, 2000.

Правовые системы стран мира. Энцикл. справ. – М.: НОРМА, 2000.

№ 3

Исследуйте проблему «Возникновение, функционирование и развитие правовой системы Англии» с точки зрения предмета сравнительного правоведения, взяв за основу следующие сравниваемые объекты: правовая система Англии (Великобритании), правовая система США, немецкая правовая система.

Исходные данные:

Романов, А.И. Правовая система Англии / А.И. Романов. – М.: Дело, 2000.

Зайчук, О.В. Правовая система США / О.В. Зайчук. – Киев: Наукова думка, 1992.

Жалинский, А. Введение в немецкое право / А. Жалинский, А. Рёрихт. – М.: Спарк, 2001.

№ 4

Определите терминологические особенности сравнительного правоведения, раскрыв содержание следующих понятий: «сравнительное правоведение», «сравнительное право», «сравнительное законодательство», «правовая компаративистика», «компаративист», «иностранный элемент», «предмет сравнительного правоведения», «генезис права», «правовое сравнение», «метод сравнения».

Составьте глоссарий.

Исходные данные:

Саидов, А.Х. Введение в сравнительное правоведение / А.Х. Саидов. – М.: Наука, 1998.

Тилле, А.А. Сравнительный метод в юридических дисциплинах / А.А. Тилле, Г.В. Швеков. – М.: Высш. шк., 1978.

Тема 2. Объекты сравнительного правоведения

Литература

1. Тилле, А.А. Социалистическое сравнительное правоведение / А.А. Тилле. – М: Юридическая литература, 1975. – С. 76 – 107.
2. Марченко, М.Н. Объект и предмет сравнительного права / М.Н. Марченко // Вестник МГУ. Сер. Право. – 1999. – № 2.
3. Давид, Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози. – М., 1997. – С. 7 – 28.
4. Gutteridge, H.C. Comparative Law: An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and research / H.C. Gutteridge. L., 1949.
5. Саидов, А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности) / А.Х. Саидов. – М., 2000. – С. 19 – 54; 95 – 113.
6. Егоров, А.В. Введение в теорию сравнительного правоведения / А.В. Егоров. – Новополюцк: ПГУ, 2007. – С. 5 – 36.

Под **объектом правовой компаративистики** следует понимать *иностраный правовой элемент, как правообразование, обладающее способностью к сравнению и обусловленное временными и пространственными рамками своего существования.*

Объект сравнительного правоведения можно рассматривать:

- на общем уровне сравнения;
- специальном уровне.

К объектам **общего уровня сравнения** относятся следующие образования:

- инородная правовая семья;
- иностранная правовая система;
- иностранная отрасль права;
- иностранный правовой институт;
- иностранная норма права;
- иностранная юридическая практика;
- иностранная правовая доктрина;
- право сообществ.

Перечисленные элементы являются общими объектами правовой компаративистики и непосредственно влияют на предмет науки сравнительного правоведения.

Систему **специального уровня сравнения** образуют специальные объекты, то есть все множество конкретно определенных иностранных норм, правовых институтов, национальных правовых систем и т.д.

Пример: общий объект «правовая семья» характеризуется нормативно-правовой общностью источников и системы права, нормативной однородностью и общностью правового понятийного фонда. Специальный объект «романо-германская правовая семья» в ряду источников права на первое место ставит законодательные формы, систему права рассматривает в виде публичного и частного права и т.д.

Наука сравнительного правоведения занимается исследованием общих объектов правового сравнения.

Признаки объектов сравнительного правоведения.

1. *«Иностранность» (инородность) происхождения и функционирования.*

Объекты сравнения могут быть признаны инородными лишь при условии инородности содержания всех признаков, характеризующих данный объект.

Решая вопрос об инородности объектов, мы не исключаем сопоставления в принципе неинородных правовых образований. Но простая констатация схожести объектов имеет малый практический результат. Исключение составляет лишь проведение работы с целью унификации национальных законодательств, когда явная схожесть исследуемых объектов только на пользу законодателю.

При недостаточной инородности объекта сравнение все же проводится. Но происходит оно не на данном уровне, а на уровне, позволяющем говорить о полной инородности. *Пример:* правовым системам может недоставать признаков противоположности, но различия они могут, скажем, по характеру юридической практики. На этом уровне и будет проходить сравнение.

2. *Способность к сравнению.*

Определяя способность иностранного объекта к сравнению, мы осуществляем его простое изучение, что еще не является сравнением. Компаративистское исследование предполагает не элементарное сопоставление правовых объектов, а исследование закономерностей их развития, выявление *общего, особенного и единичного*. Кроме того, определяя способность объекта к сравнению, мы решаем вопрос о достаточности материала, предполагаемого для сравнения определенного видового объекта – правовой семьи, правовой системы, правовой доктрины и т.д. И, наконец, мы делаем

вывод о соответствии характера имеющегося материала цели определенного сравнения.

3. *Пространственная обусловленность* существования иностранного правового элемента.

Она не ограничивается рамками определенных государств. Протяженность иностранного элемента зависит не от конкретных территорий, а от реального бытия на правовой карте мира. *Примеры:* институт обязательства характерен не только для государств континентального права, но и для части африканских правовых систем, которые относятся не к романской, а к религиозно-общинной правовой семье; право определенного сообщества может быть воспринято входящими в него государствами как полностью, так и в некоторой части.

4. *Временные границы* существования иностранного правового элемента.

Данные границы определяют характер сравнения – будет ли оно синхронным или дисинхронным.

Под **синхронным** понимается сравнение объектов, существующих в одних и тех же временных рамках. Не имеет значения, сравниваются ли правовые образования настоящего времени или уже прошедшего.

Дисинхронное изучение имеет место там, где сравниваются объекты, относящиеся к разным историческим отрезкам времени. Здесь также безразлично, существуют ли оба сравниваемых элемента в прошлом или же один из них находится за пределами сегодняшней реальности, а другой существует в настоящем.

Основанием классификации иностранных правовых элементов является способ их формального существования.

Основываясь на данном критерии, систему объектов сравнительного правоведения можно представить в следующем виде:

I группа – *материально-правовые образования (отрасль права, правовой институт, норма права).*

Сюда мы отнесли тот правовой материал, который имеет свое непосредственное материальное выражение. Такой материальной формой являются законы и подзаконные акты, кодексы, прецеденты и т.п. Данный материал любой исследователь, что называется, может «потрогать».

II группа – *носители материально-правовых образований (правовая семья, правовая система).*

Данные объекты носят абстрактный характер. Существование этих правовых образований не может быть определено ни одним законом.

Правовые системы и семьи не могут воздействовать на отрасли, институты и нормы непосредственно, но вместе с тем они обеспечивают стабильность материально-правовых образований. В понятиях правовой системы и правовой семьи мы находим лишь типичные, устойчивые признаки, которые влияют и на качественное развитие самих материально-правовых образований. Происходит своего рода объективный отбор признаков, образующихся на уровне норм, институтов и отраслей права.

III группа – элементы, представляющие внешнюю форму правовых образований (юридическая практика, правовая доктрина).

Эти объекты сами не носят материально-правового характера, но оказывают непосредственное воздействие на содержание норм, институтов и даже целых отраслей права. Чаще всего в такой роли выступает юридическая практика, так как именно она способствует разработке законодательных актов.

Особое место в системе иностранных правовых элементов занимает **право сообществ**. Этот элемент имеет относительно материальный характер, так как его содержание могут составлять, с одной стороны, конкретные акты – договоры, конвенции, с другой, – нигде не закреплённые международно-правовые принципы и обычаи. По сути дела, право сообществ является базой для формирования конкретных материально-правовых образований. Это проявляется в форме ратификации договоров и закрепления в национальном законодательстве примата международных принципов.

Тематика реферативных сообщений, курсовых и дипломных работ

1. Иностраный правовой элемент как объект сравнительного правоведения.
2. Юридическая география правового объекта.
3. Право сообществ как объект сравнительного правоведения.
4. Язык права и юридическая техника в системе компаративистского исследования.
5. Системность объектов сравнительного правоведения.
6. Международное публичное право и сравнительное правоведение.
7. Юридические теории в системе сравнения.
8. Сравнительные науки и сравнительное правоведение.

Задания:

№ 1

Определите содержание юридической практики как объекта сравнительного правоведения применительно к конкретным правовым системам. В качестве конкретных объектов возьмите произвольно 2 – 3 правовые системы разной общесемейной принадлежности (например, английская, французская и мусульманская системы).

Исходные данные:

Правовые системы стран мира. Энцикл. справ. – М.: НОРМА, 2000.

Егоров, А.В. Основы сравнительного правоведения: учеб. пособие / А.В. Егоров. – Новополюцк: ПГУ, 1999.

№ 2

Определите круг специальных объектов сравнения на следующих уровнях:

- норма об открытии наследства;
- норма о возрастном цензе (избирательное законодательство);
- институт доверительной собственности;
- институт смертной казни;
- институт президентства;
- институт иска;
- отрасль торгового права;
- отрасль трудового права;
- внеевропейские правовые системы романского типа;
- право сообществ европейского региона;
- право сообществ латиноамериканского региона.

За основу исследования специальных объектов на уровнях – норма права, правовой институт, отрасль права – возьмите следующие правовые системы: французскую, немецкую, английскую, США, российскую, белорусскую.

Исходные данные:

Правовое обеспечение межгосударственной интеграции. Сб. статей / Ин-т законодательства и сравнительного правоведения при правительстве Рос. Федерации. – М.: Олита, 2005.

Киселев, И.Я. Зарубежное трудовое право. Учебник для вузов / И.Я. Киселев. – М.: Издательская группа Норма-Инфра-М, 1998.

Уголовное право зарубежных стран. Общая часть / Ин-т междунар. права и экономики им. А.С. Грибоедова. – М.: Омега-Л, 2003.

Гражданское и торговое право капиталистических государств / под ред. Е.А. Васильева. – М.: Юридическая литература, 1996.

Давид, Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози. – М., 1997.

Чиркин, В.Е. Конституционное право зарубежных стран / В.Е. Чиркин. – М.: Юристъ, 1999.

Европейское право. Учеб. для вузов / под общ. ред. Л.М. Энтина. – М.: НОРМА, 2000.

№ 3

Определите юридическую географию англосаксонской (англо-американской) семьи права. Отметьте правовые системы англосаксонского типа на контурной карте мира. Другим цветом покажите правовые системы, где англосаксонское право оказало сильное влияние.

Приложите комментарий к отдельным правовым системам на предмет их исторического формирования и современного состояния – основные источники права, институты власти, судебная система и т.д.

Исходные данные:

Правовые системы стран мира. Энцикл. справ. – М.: НОРМА, 2000.

Саидов, А.Х. Сравнительное правоведение и юридическая география мира / А.Х. Саидов. – М.: ИГиП РАН, 1993.

№ 4

Сравните процесс формирования и функционирования правовых институтов как элементов системы права в англосаксонской и романо-германской правовых семьях. Раскройте особенности функционирования подотрасли права. Опирируйте конкретными примерами законодательства и судебной (прецедентной) практики.

Исходные данные:

Сравнительное правоведение. Сб. ст. / Ин-т гос. и права Академии наук СССР. – М.: Прогресс, 1978.

Очерки сравнительного права. Сб. ст. / Ин-т гос. и права Академии наук СССР. – М.: Прогресс, 1981.

№ 5

Определите особенности англосаксонской нормы права как объекта сравнительного правоведения. Покажите прецедентную сторону нормы. Определите порядок создания данного рода норм и степень их конкретизации. Составьте сравнительную таблицу прецедентной и законодательной норм.

Исходные данные:

Кросс, Р. Прецедент в английском праве / Р. Кросс. – М.: Юридическая литература, 1985

Богдановская, И.Ю. Закон в английском праве / И.Ю. Богдановская. – М.: Наука, 1987.

Тема 2. Метод сравнительного правоведения

Литература

1. Давид, Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози. – М., 1997. – С. 7 – 28.
2. Саидов, А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности) / А.Х. Саидов. – М., 2000. – С. 19 – 54.
3. Казимирчук, В.П. Право и методы его изучения / В.П. Казимирчук. – М., 1965.
4. Лукич, Р. Методология права / Р. Лукич. – М., 1981.
5. Очерки сравнительного права. Сб. ст. / Ин-т гос. и права Академии наук СССР. – М.: Прогресс, 1981.
6. Тилле, А.А. Сравнительный метод в юридических дисциплинах / А.А. Тилле, Г.В. Швеков. – М.: Высш. шк., 1978.
7. Сравнительное правоведение. Сб. ст. / Ин-т гос. и права Академии наук СССР. – М.: Прогресс, 1978.
8. Бартон, В.И. Сравнение как средство познания / В.И. Бартон. – Минск: Изд-во БГУ, 1978.
9. Масленников, М.М. Методологическое значение сравнения в научном познании / М.М. Масленников. – Воронеж, 1968.
10. Сырых, В.М. Метод правовой науки: (Основные элементы, структура) / В.М. Сырых. – М., 1980.

Метод сравнительного правоведения – это всеобщий компаративистский прием познания иностранного правового элемента, основанный на объективном характере его тождества и различия и реализуемый через компаративное отношение в виде нового знания, имеющего возможность реализоваться в форме правовой рецепции.

Логико-гносеологические основания правового сравнения:

1) объективные предпосылки сравнения:

- объекты сравнения;
- отношения между объектами сравнения.

Объекты правового сравнения должны находиться во взаимосвязи и взаимодействии друг с другом. На уровне отдельных объектов определить эти взаимосвязи достаточно трудно. Нельзя сравнивать нормы различных законов, если их национальные правовые системы никак не связаны – например, мусульманские и французские нормы семейного права. Вначале необходимо установить взаимосвязи на уровне правовых систем, а затем уже между конкретными объектами сравнения. С этой целью нужно определить систему объектов сравнения, для чего мы вводим понятие **«иностранный правовой элемент»**.

Данное понятие является общим, характеризующим любой элемент иностранного правового массива. Оно помогает компаративисту работать в рамках предмета науки. Вместе с тем, каждый исследователь имеет дело с конкретным правовым материалом. Следовательно, мы не можем говорить о неделимости иностранного правового элемента и характеризуем его еще и как систему определенных правовых образований. Эта система имеет сложную внутреннюю структуру, представленную различными по правовой характеристике элементами.

Помимо самих объектов правового сравнения большое значение имеет характер отношений между ними. Форма связей предполагает наличие либо сходства, либо различия среди объектов. Полное тождество также не исключает сравнения. Но для того, чтобы данное тождество установить, нужно провести сравнение. Полное тождество дает возможность осуществления правового заимствования.

Компаративистская методология должна быть основана на принципе всеобщности различия, согласно которому различия существуют между всеми правовыми объектами. Нет двух абсолютно одинаковых норм, и тем более, правовых систем. Даже абсолютно тождественные нормы иностранного и национального права требуют ссылки на соответствующий государственный акт – закон или другой официальный источник права;

2) компаративное отношение:

- *основание сравнения;*
- *вывод из сравнения.*

Данные элементы компаративного отношения также носят всеобщий характер и присущи всем видам правового сравнения.

Основание сравнения – это компаративные свойства правового объекта, которые, в одном случае, могут приводить к констатации тождества, в другом, – к обоснованию и характеристике различия. Например, две правовые системы могут принципиально отличаться по характеру национальных черт, как, в частности, французская и немецкая правовые системы. Но сходными они будут в копировании общесемейных романо-германских признаков.

Практико-методологическое значение основания сравнения состоит в правильном выборе объема сравниваемых объектов. Невозможно, например, определить объем сравнения между отраслями права романских и англосаксонских стран, так как англосаксонское право имеет институциональное, а континентальное – отраслевое деление. Но это можно сделать на уровне правовых систем, принадлежащих определенному типу семей права. Иногда сравнение норм невозможно уже исходя из характера их природы, заложенной традициями своей правовой семьи. Например, не могут сравниваться китайские нормы, воспринимаемые как уголовное карательное свойство нормативной системы («рицу»), с европейскими нормами, обусловленными естественно-правовой природой своего происхождения. Но эти же группы норм могут сравниваться с технико-юридической точки зрения либо как отраслевые образования в уголовной или пенитенциарной системе.

Вывод из сравнений состоит в получении нового, качественного знания, способного быть применимым в национально-правовой сфере. Полученное новое знание в правовой сфере может стать предметом другого компаративистского изучения. Например, изученный на основе сравнения институт права собственности, в последующем сравнивается с целым рядом других сходных институтов – аренды, лизинга и т.д.

Вывод из сравнения является, пожалуй, самым важным элементом компаративного отношения. Вся предшествующая работа может оказаться бессмысленной, если неверными будут полученные результаты. Как правило, после появления нового знания происходит его реализация в форме **правовой рецепции**. Суть рецепции состоит в *изменении национальных правовых элементов за счет элементов других правовых систем*. Она осуществляется в рамках механизма правового заимствования. Поэтому

компаративистские знания должны касаться не только самих объектов, но и механизмов внедрения нового знания. Например, можно изучить опыт правовой аккультурации или практику внедрения новых знаний о праве, используемую определенным сообществом и т.д. Но в любом случае компаративистский вывод из сравнения должен носить всеобщий характер и доводить реально полученные знания до полного выполнения поставленной компаративистом задачи.

Сравнительное правоведение представляет собой *науку, изучающую закономерности возникновения, функционирования и развития иностранного правового элемента*. Данное изучение является *специализированным*, то есть *направленным на сравнение*, где компаративный метод занимает ведущее положение в системе методологических средств.

Тематика реферативных сообщений, курсовых и дипломных работ

1. Сравнительное правоведение в Беларуси: история и перспективы.
2. I Международный конгресс сравнительного права в истории компаративистики.
3. Нормативное и функциональное сравнение.
4. Логико-гносеологические основания правовой компаративистики.
5. Сравнительное правоведение и национальное правотворчество.
6. Сравнительное правоведение в международно-правовой унификации.
7. Идея «всемирного права» и ее реализация в современных правовых системах.
8. Сравнительное правоведение как учебная дисциплина: от Аристотеля до Р. Давида.
9. Наука сравнительного правоведения на постсоветском правовом пространстве.

Задания:

№ 1

Раскройте понятия сравнимости и несравнимости правовых объектов посредством установления тождества и различия двух правовых систем, входящих в разные семьи права (например, мусульманская и английская, немецкая и китайская системы). Определите в каждом конкретном случае

объем возможного сравнения применительно к другим разновидностям объектов, функционирующих в сравниваемых правовых системах.

Исходные данные:

Сравнительное правоведение. Сб. ст. / Ин-т гос. и права Академии наук СССР. – М.: Прогресс, 1978.

Бартон, В.И. Сравнение как средство познания / В.И. Бартон. – Минск: Изд-во БГУ, 1978.

№ 2

Сравните правовые системы двух штатов США, используя приемы внутреннего сравнения, а также общеметодологические приемы исследования правовых объектов. Покажите приоритетность использования сравнительного метода.

Исходные данные:

Правовые системы стран мира. Энцикл. справ. – М.: НОРМА, 2000.

Соединенные Штаты Америки: Конституция и законодательные акты. – М., 1993.

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

№ 3

Составьте таблицу использования методов исследования правовых элементов по следующему образцу:

метод	объект	характер применения
-------	--------	---------------------

Приложите глоссарий методов.

№ 4

Определите структуру компаративного отношения применительно к исследованию следующих объектов:

- правовая система Англии и правовая система США;
- правовая система Индии и правовая система Китая;
- гражданское право Франции и Германии;
- административное право Франции и Италии;
- авторское право США и Германии.

Исходные данные:

Правовые системы стран мира. Энцикл. справ. – М.: НОРМА, 2000.

Бартон, В.И. Сравнение как средство познания / В.И. Бартон. – Минск: Изд-во БГУ, 1978.

МОДУЛЬ 2. ПРАВОВАЯ СЕМЬЯ

1. Понятие правовой семьи.
2. Романо-германская правовая семья.
3. Англосаксонская правовая семья.
4. Религиозно-общинная правовая семья.

Тема 1. Понятие правовой семьи

Литература

1. Краснянский, В.Э. Классификация правовых систем / В.Э. Краснянский // Правоведение. – 1969. – № 5.
2. Саидов, А.Х. Типология и классификация правовых систем современности / А.Х. Саидов // Правоведение. – 1985. – № 2.
3. Егоров, А.В. Правовая семья как объект сравнительного правоведения / А.В. Егоров // Правоведение. – 2005. – № 2. – С. 155 – 161.

В основе учения о правовой семье лежит классификационный критерий, в соответствии с которым национальные правовые системы объединяются в определенные группы.

История вопроса. Идея классификации правовых систем возникла в начале XX столетия. В это же время активно стал употребляться сам термин «правовая семья». Причина появления классификационной идеи состояла в желании юристов того времени унифицировать право «цивилизованных правовых систем». Унификация законодательства могла успешно проходить лишь в рамках одной родственной группы правовых систем, а уже затем можно было делать попытки унификации, гармонизации отношений между разнородными группами.

В основу классификации был положен критерий *общности исторического происхождения и развития правовых систем*. Исследователей интересовала не сама конечная цель – унификация законодательств разных государств, а возможность объективного сближения стран и народов по правовому признаку. Поиск основ такого сближения как раз и проходил в сфере определения исторической общности формирования правовых систем. Данная классификационная идея историзма присутствовала и на I Международном конгрессе сравнительного права. Его участники опреде-

лили пять правовых семей – французскую, германскую, англо-американскую, славянскую и мусульманскую.

Историческая школа компаративистских исследований существовала и в Белоруссии. Среди ярких ее представителей можно назвать И.Б. Раковецкого, С. Линде, И.Н. Даниловича, Ф. Нарбута, Я. Ярошевича. Профессор И.Б. Раковецкий – первый исследователь в области сравнительной истории права славянских народов. Он предложил методологическую основу для сравнительного изучения права сходных славянских стран. Ученый считал, что невозможно изучать конкретную историю славянской страны без применения общеисторических подходов в изучении славянского права вообще. Определенные методологические основы сравнительного изучения правовых систем, исходя из их исторического формирования, также были заложены Т. Чацким, С. Линде. Работа профессора Т. Чацкого «О литовском и польском праве, его духе, источниках, связях и о содержании первого Статута, изданный для Литвы в 1529 г.» ориентировала исследователя на изучение основ рецепции при формировании правовой системы того или иного государства. Основное внимание С. Линде обращал на нормативный элемент сравнения при изучении исторических памятников права. Анализ языка первоначальных текстов Статутов, предложенный ученым, являлся классическим образцом сравнительно-исторического подхода к исследованиям нормативного материала.

Исторический фактор формирования правовых систем представляется объективным условием их сближения, носящим всеобщий характер на уровне образования глобальных правовых компонентов, традиционно именуемых правовыми семьями. Данная классификационная основа позволяет нам определить *правовую семью* как *некую исторически детерминированную общность национальных правовых систем*.

Определение содержания правовой семьи. Подходы исследователей к решению данной задачи неоднозначны. Две позиции заслуживают особого внимания. Одна из них основана на *юридико-техническом критерии* определения содержания правовой семьи. Ее представители (Р. Давид, К. Цвайгерт, Х. Кётц) предлагают оценивать содержание общности правовых систем, не вдаваясь в конкретику их нормативного содержания. При определении правовой семьи исходят не из содержания конкретных норм, действующих в правовых системах, а из более постоянных элементов, используемых для создания, толкования, оценки этих норм (Р. Давид). К таким постоянным элементам относят, прежде всего, источники права. Для того чтобы говорить о таком содержательном компоненте правовой семьи,

как источник права, необходимо оценивать его формально-правовую, а не содержательную сторону. Например, мы устанавливаем, что основным источником права в романо-германских правовых системах является нормативно-правовой акт. В англосаксонских системах таким источником является юридический прецедент, как принцип разрешения дела по существу, в традиционных обществах основным источником права будет выступать обычай. Далее мы можем выстраивать иерархическую структуру источников, традиционную для той или иной группы правовых систем. Если мы станем углубляться в содержание конкретных источников права, то сразу же окажемся на уровне правовой системы – другого объекта исследования. Например, судебная практика как источник немецкого и французского права занимает по своему конкретному содержанию разное место в судебных системах двух стран. Французская судебная практика уполномочивает судью на самое широкое толкование права, немецкая практика, напротив, ограничивает правоприменителя общими принципами, изложенными в кодифицированных актах.

Таким образом, первым компонентом общности правовых семей является *формально-правовая идентичность источников права* национальных правовых систем.

Посредством источника происходит и закрепление первичного элемента права – правила поведения, закрепленного в норме. Конкретное содержание нормы не интересует правовую семью. Важно, чтобы, во-первых, норма имела свой строго определенный носитель (например, в англосаксонском праве – это прецедент, в романо-германском – закон и т.д.), во-вторых, чтобы норма характеризовалась определенной для данной семьи права степенью обобщенности или казуальности, и, в-третьих, чтобы она создавалась в общепринятом для данной семьи порядке (в англосаксонской правовой семье – это судебная процедура, в романо-германской – парламентская и т.д.).

Нормативная общность является вторым звеном в рассматриваемой нами структуре правовой семьи. Норма права с точки зрения ее конкретного содержания не представляет интереса для определения понятия правовой семьи. Но принципиальная оценка характера романо-германских, англосаксонских, религиозно-общинных норм дает правильное представление о нормативном характере семьи права вообще. В этом плане важна оценка трех компонентов нормативной общности:

- формы существования правила поведения;
- степени абстрактности или казуальности нормы;
- способа создания нормы (законотворческого, судебного и т.д.).

Оценка данных компонентов может происходить исключительно на уровне правовых семей, так как последующая возможная конкретизация происходит уже на уровне национальных правовых систем или отраслей права.

Норма формирует общую *структуру права*, характер которой зависит от природы нормы. Например, специфика англосаксонской нормы не позволяет праву в англо-американских правовых системах иметь строгое отраслевое деление. В романо-германской семье, напротив, существует строгое отраслевое деление норм. Но правовую семью интересует лишь внешняя сторона внутренней структуры права, а не само содержание каждого из ее элементов. Говорить о системности права на уровне правовых семей не приходится, так как компонент системности может реализовываться лишь на уровне конкретных национальных правовых систем. Применительно к формально-правовой общности – семье права можно говорить лишь о структуре права. Так, структура романо-германского права может быть представлена в виде таких элементов, как публичное и частное право. Англосаксонское право базируется на двух элементах – общем праве и праве справедливости. Структура традиционного религиозно-общинного права состоит из общерелигиозного (общезэтического) компонента и права общин (каст, варн и т.д.).

Понятийно-категориальный аппарат также формируется на уровне определенных групп правовых систем. В свое время данный элемент правовой семьи под видом языка права чуть ли не стал самостоятельным объектом сравнительного правоведения. Оригинальность многих правовых понятий настолько заинтересовала компаративистов, что они стали склонны говорить не об идентичности правовых систем, а о невозможности их сближения по признаку языковой самобытности. Но анализ понятий и категорий на уровне правовых систем мало интересен для сравнительного правоведения. Предмет компаративистских исследований составляют общесемейные понятийно-категориальные традиции, формирование которых происходит в сфере общности источников, структуры права, а также на уровне нормативного общесемейного компонента. Понятие нормы права, обозначение структурного компонента системы права и т.д. всегда носят интернациональный для определенных групп правовых систем характер. Например, понятие «обязательственное право» характерно для систем права всех романо-германских стран, а отношения траста может определить только представитель англосаксонских правовых традиций.

Таким образом, можно сказать, что *правовая семья представляет собой совокупность формально-правовых общностей источников и системы права, нормативной общности и понятийного правового аппарата (фонда)*. Названный признак является определяющим в понятии правовой семьи. Именно благодаря ему мы проводим формальное отграничение одной группы правовых систем от другой и определяем конкретные правовые семьи. Но данного признака еще недостаточно для определения рассматриваемого правового элемента. Формальная, внешняя сторона семьи права не дает полного представления о внутреннем его единстве. С другой стороны, определение понятия правовой семьи не позволяет нам глубоко рассматривать содержание каждого из элементов ее общности. В противном случае мы выйдем за рамки данного объекта. В связи с этим необходим внешний критерий внутреннего единства правовой семьи. Им и является *тип юридического мышления*, который складывается под воздействием содержания компонентов правовой семьи.

Для любого типа юридического мышления характерен специфический взгляд на определенную нами формально-правовую общность. Представитель той или иной общей группы правовых систем объективно воспитывается в ее традициях. При оценке им общности определенного элемента семьи мы сталкиваемся со своего рода стереотипом правового мышления, который иногда невозможно преодолеть. Этот положительный момент исследователь использует в качестве критерия правильности определения им общности правовых систем. Так, представитель романской семьи под формально-правовой общностью системы своего права будет понимать деление его на частное и публичное, а также дифференциацию данных элементов на отрасли. Иного подхода он просто не приемлет.

Понятие юридического мышления не тождественно понятию правосознания. Последнее имеет более национальный характер, являясь неотъемлемым составным элементом любой правовой системы. Юридическое мышление, напротив, не имеет строго определенных национальных границ, оно носит наднациональный характер. Поэтому нельзя говорить о правосознании романо-германской или англосаксонской семьи, а лишь об определенном складе юридического мышления, однотипном для всего множества правовых систем, входящих в ту или иную семью права. Кроме того, юридическое мышление более статично. Здесь мы имеем дело лишь с понятийно-оценочной характеристикой права, а не с волевой.

В результате предложенных характеристик можно сказать, что **правовая семья** – это исторически обусловленная формально-правовая общность источников и системы права, норм права и правового понятийного фонда с присущим ей специфическим типом юридического мышления.

Для науки сравнительного правоведения такой элемент, как правовая семья, не существует вне сравнения с другими однотипными элементами. Простым изучением этого образования могут заниматься другие общетеоретические науки – теория и история права, юридическая социология и т.д. Место правовой семьи в компаративистских исследованиях определяется именно сравнительной характеристикой. Несомненно, сравнение может происходить и внутри этого элемента. Но оно будет касаться уже других объектов – национальных правовых систем, отраслей права, правовых институтов, норм и т.д. Характер исследований в данных случаях определяется особенностями каждого из объектов. При сравнении же правовых семей мы обращаем внимание прежде всего на их типологию.

Исходя из предложенного определения, можно выделить три правовые семьи: романо-германскую, англосаксонскую и религиозно-общинную. Таким образом, идея «трихотомии» семей права, выдвинутая еще Р. Давидом, находит свое подтверждение теорией и практикой сравнительно-правовых исследований с одной только существенной поправкой, что семьи социалистического права больше не существует, а правовые системы традиционного права благодаря предложенному определению оказалось возможным объединить в самостоятельную правовую семью.

Тематика реферативных сообщений, курсовых и дипломных работ

1. Современные классификационные критерии объединения правовых систем.
2. Теория правовой семьи (семьи права).
3. Юридическое мышление и правосознание.
4. Тенденции формирования понятийно-категориального аппарата в современных правовых системах.
5. Типы норм в современных обществах.
6. Источники права как основание типологии правовых систем.
7. Правовая система Республики Беларусь на юридической карте мира.

Варианты контрольных работ

В-1

1. Нормативная общность как основание типологии правовых систем современности.
2. Сравните структуру романо-германского и англосаксонского права.

В-2

1. Источник права и формирование правовой семьи.
2. Составьте сравнительную таблицу наиболее употребляемых правовых терминов в сфере частного романо-германского и англосаксонского права.

В-3

1. Правовая семья и правовая система: критерии разграничения.
2. Определите характер нормативной общности религиозно-общинного права (на примере 2 – 3-х правовых систем традиционного типа).

В-4

1. Тип юридического мышления и его реализация.
2. Определите проявление типа континентального юридического мышления в правовой системе Беларуси.

В-5

1. Правосознание и его компоненты.
2. Дайте сравнительную характеристику романо-германского и англосаксонского типов юридического мышления.

В-6

1. Место правовой семьи в компаративистских исследованиях.
2. Определите иерархию источников права в англосаксонской и романо-германской правовых семьях.

В-7

1. Система права и правовая система.
2. Определите принципы формирования системы права в романо-германских правовых системах.

В-8

1. Идея «трихотомии» правовых систем и ее реализация в трудах Р. Давида.
2. Определите формально-правовую общность англосаксонских правовых систем.

В-9

1. Правовая семья как объект исследования общественных наук.
2. Составьте сравнительную таблицу источников права Великобритании и США.

В-10

1. Правовая система как объект исследования общей теории права.
2. Определите критерии типа юридического мышления религиозно-общинных систем.

Тема 2. Романо-германская правовая семья

Литература

1. Давид, Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози. – М.: Международные отношения, 1997. – С. 29 – 111.
2. Марченко, М.Н. Сравнительное правоведение. Общая часть / М.Н. Марченко. – М.: Изд-во «Зерцало», 2001. – С. 263 – 351.
3. Саидов, А.Х. Сравнительное правоведение / А.Х. Саидов. – М.: Юристъ, 2000. – С. 153 – 177.

Романо-германская формально-правовая общность является наиболее распространенной в мире правовой семьей. Современная юридическая география романо-германской семьи права чрезвычайно обширна. Она включает в себя всю континентальную часть Западной Европы, Латинскую Америку, большую часть Африки и Ближнего Востока, Индонезию, частично Японию и Скандинавские страны.

Причиной такого широкого распространения романо-германских правовых традиций явилась, с одной стороны, экспансия континентального европейского права, с другой – добровольная рецепция европейских правовых традиций, проводимая странами указанных регионов.

Изучение романо-германской правовой семьи представляет определенную сложность, так как в одном государственном образовании могут функционировать элементы разных правовых систем – с одной стороны, романских, с другой – традиционных общинных или англосаксонских систем.

Характеристику романо-германской правовой семьи целесообразно начать с анализа общности структуры права, так как романское право специфично по своей внутренней структурированности, что наиболее наглядно отличает этот нормативный комплекс от соответствующего образования англосаксонского или религиозно-общинного типов.

Для систем права, входящих в романо-германскую семью правовых систем, свойственна структурная двуэлементность, а именно деление всего нормативного массива, регулирующего общественные отношения, на *частное и публичное право*. Критерием такого деления является характер возникающих между субъектами отношений, а точнее, между кем и по поводу чего складываются определенные правоотношения. Когда мы говорим о частном праве, то имеем в виду, что в основе возникшей правовой связи лежит частный интерес лица (лиц). Когда же затрагиваем область публичного права, то имеем дело с общественным интересом, защитником которого является властный орган – государство либо его определенный представитель.

Современное романо-германское право представлено исторически сложившимися элементами публичного и частного права, отраслевая дифференциация которых не имеет принципиальных расхождений на уровне правовых систем, образующих романо-германскую общность. Так, базовыми отраслями публичного права являются конституционное, административное, уголовное, уголовно-процессуальное право. Систему частного права образуют отрасли гражданского, торгового, гражданско-процессуального и трудового права.

Что касается своеобразия национальных правовых систем, то оно существует не столько в системе отраслей права, сколько на уровне правовых институтов и понятий. В этом случае мы имеем дело с реализацией традиций, заложенных латинскими и германскими правовыми системами. Но оценка конкретного нормативного своеобразия – предмет отраслевых, а не общетеоретических наук.

Следующим элементом формально-правовой общности рассматриваемой нами семьи права является *нормативная однородность*. Современ-

ная норма континентального права представляет собой нечто среднее между санкционированным властью общим писаным правилом поведения и средством разрешения конкретной жизненной ситуации.

Характер абстрактности романской нормы права обеспечивает единство всех правовых систем континентального типа в плане регулирования максимально возможного числа жизненных ситуаций.

Континентальная норма имеет формализованный порядок создания. И хотя субъектом нормотворчества может быть не только парламент, но и правительство, другие органы государственной власти и управления, способ создания романо-германского права чаще всего называют парламентским, как бы в противовес судейскому нормотворчеству, традиционному для англосаксонских стран. Формализованность порядка создания норм существует не только в парламентах, но и везде, где речь идет о формировании статутного писаного права. Разница в процедурах бывает существенной. Так, парламентский способ создания норм предполагает целый законодательный процесс: законы парламент принимает на сессиях; процесс законотворчества включает стадии законодательной инициативы, чтения, голосования, подписи и промугульгации. Принятие административных актов имеет простую форму, но сама правовая процедура более детальна и, как правило, определена в специальных законах об административной процедуре.

Формальная сторона принятия норм напрямую касается источников их закрепления, которых в романо-германской правовой семье достаточно большое количество.

Все *источники романо-германского права* можно представить в виде двух групп – *законодательные*: законы, регламенты, декреты и обычай; *доктринальные*: доктрина, судебные решения и общие принципы права. Такой дифференцированный подход к разграничению источников воспринят всеми правовыми системами романской семьи.

На одной ступени в иерархии с конституционными законами находятся международные договоры. Разница между правовыми системами существует лишь в том, что в одних странах силу внутренних законов превышают любые нормы конкретных договоров, как, например, во Франции, в других такой прерогативой обладают лишь «общие принципы международного права» (Германия). Но в обоих случаях речь идет о соотношении международных норм с обыкновенными, а не с конституционными законами.

Положение закона как источника права, обладающего высшей юридической силой, принятого в особом порядке высшим законодательным органом страны, присуще всем без исключения романским правовым системам.

Сама внутренняя система законов специфична в различных правовых системах. Так, в Испании выделяют базовые и органические законы, в Италии – кодексы и специальные законы, которые должны конкретизировать, дополнять кодифицированные акты. Подобного рода анализ проводится на уровне конкретных правовых систем, входящих в романскую семью права. Можно отметить, что общность законов как источника континентального права выражается в общности их внешнего проявления: структуры, формы существования в правовой системе, принципиальной классификации в виде конституционных законов, кодексов и текущего законодательства. Данные элементы подлежат непосредственной и первичной оценке при анализе источников романо-германской формально-правовой общности.

Следующим по значимости источником права романо-германской семьи является обычай, отнесение которого к группе законодательных источников обусловлено его нормативным закреплением в праве многих государств. Так в законодательствах Швейцарии и Греции закон и обычай имеют одинаковую юридическую силу, а в Австрии и Италии многие нормы содержат прямую отсылку к обычаю, в случае если сам закон то или иное явление прямо не регулирует. Такие подходы имеют место по причине того, что, отдавая нормативное регулирование определенного явления в ведение обычая, закон полагается на его традиционный авторитет.

Стоит отметить и тот факт, что нередко обычай несет в себе содержание, противное закону. Считается, что в таком случае он не является источником права, а представляет собой правовой анахронизм, так как противоречит всей системе законодательства. Положительное значение имеет обычай, действующий по принципу *secundum legem* (в дополнение к закону). Данная разновидность обычая нормативно закрепляется во многих романских системах права. Так, в Италии и во Франции обычай *secundum legem* официально признан в качестве источника права. Другие разновидности обычая – *consuetude praeter legem* (кроме закона) и *consuetude adversus legem* (против закона), хотя и не имеют нормативно закрепленного признания, продолжают применяться. Обычаи, действующие «кроме закона», являются самостоятельным источником романского права. Применение разновидности обычаев «против закона» в отдельных законодательст-

вах прямо запрещено. Но это не исключает использования положений данных обычаев теми субъектами правоотношений, которые не связывают себя процедурами государственно-властного правоприменения.

Вторую группу источников романо-германского права открывает правовая доктрина. Большое влияние доктрина оказывает на законодателя. По сути дела, он использует доктринальные подходы, которые исходят не только из эмпирического понимания законодательства, но и из национальных условий его применения.

Представляется обоснованным различать доктрину как источник права и как объект сравнительного правоведения. В качестве источника континентального права правовая доктрина должна определяться как некое правоприменительное начало в виде основных принципов права, выработанных в романо-германской семье. В этом качестве доктрина достаточно долгое время занимала определенное первенство в романском праве.

Второе более емкое определение правовой доктрины состоит в том, что она представляет собой целостную систему взглядов на право и тесно связанные с ним правовые явления, сложившиеся в определенной семье права. В этом качестве доктрина будет определяться не только как правоприменительное, но и как правотворческое начало, формирующее основные направления развития права целой правовой семьи.

В системе рассматриваемых источников доктрина наиболее тесно взаимодействует с судебными решениями, которые осуществляют своеобразное ее обслуживание. Такое положение качественно отличает континентальные судебные акты от англосаксонских, которые играют роль «законодательных источников». В континентальном праве судебные решения не приобрели такого значения. Обусловлено это в первую очередь тем, что на протяжении многих веков в романском праве господствовала традиция, согласно которой норма права должна непременно исходить от законодателя. Правда, из этого правила есть и некоторые исключения. Например, правотворческая роль суда признана в Испании, а в отношении публичного права – и в Мексике. Но, по сути дела, такая законодательная констатация роли судебного решения на практике не получает большого признания. Так называемая судебная норма во всех континентальных системах принимается лишь в рамках нормы, установленной законодателем.

В качестве источника романо-германского права должны рассматриваться именно судебные решения, а не судебная практика, и тем более не прецедент. Судебная практика должна восприниматься как элемент юридической практики, складывающийся в условиях континентальных право-

вых традиций. Помимо судебных решений, которые являются формой выражения судебной практики, последняя включает и доктринальный элемент как некое правоприменительное начало в деятельности компетентных органов.

Прецедентная система источников права вообще характерна лишь для англосаксонской правовой общности. Ссылки на общеобязательность решений Федерального конституционного суда Германии, Верховных судов Аргентины, Колумбии и Швейцарии не могут служить доказательством существования в романо-германской семье прецедентной практики. Судебный прецедент – это принцип разрешения ситуации, согласно которому каждый суд обязан следовать решению предыдущего суда. Признание прецедента источником права дает судам возможность творить право.

Еще одним доктринальным источником континентального права являются общие принципы права. Большое влияние на их формирование оказала идея естественных прав человека, а также заложенный в них принцип вынесения справедливого решения. Так, австрийское законодательство до сих пор отсылает своих судей к естественным правам человека (ст.7 Австрийского Гражданского Уложения).

Некоторые юристы в системе общих принципов выделяют и такие, которые не предусмотрены правом. Сторонники данного подхода в первую очередь говорят о принципах морального порядка, используемых судами – *frays amnia corrumpit* (обман уничтожает все юридические последствия), *nemo compta factum propriu venire potest* (не можешь оспаривать последствия действия, совершенного самим к своей собственной выгоде) и т.п.

Общие принципы права не дают правоприменителю повода не применять закон, который, по его мнению, социально несправедлив или устарел. Следование закону является основой традиционной романской системы источников права. Эту традицию не меняет и нормативное закрепление возможности применять общие принципы права (ст. 6 Гражданского кодекса Испании, ст. 281 Гражданского кодекса Греции и т.д.). Доктринальный подход, носящий общеправовой характер, состоит в том, что закон является основным источником в романской правовой семье.

На базе общности системы и источников континентального права, а также нормативной однородности происходило и формирование правового понятийного фонда романской семьи. По сути дела, речь идет об однотипности понятийно-категориального аппарата, а не о конкретном содержании его элементов. Так, две большие группы континентальной семьи – латино-романскую и германо-скандинавскую можно различать по тому основа-

нию, что первая пользуется общей частью гражданского законодательства, вторая – нет. Но это не означает, что законодательства Греции и Швейцарии не оперируют такими понятиями, как «недвижимость», «добросовестность», «обязательство» и т.д. Просто каждая из правовых систем вкладывает в них не всегда одинаковый смысл. Разница же эта не является принципиальной.

Терминологическая специфика романо-германского права повлияла и на характер дискуссий по поводу самого определения рассматриваемой правовой общности. Многие современные исследователи употребляют термин «континентальная правовая семья», относя сюда и романские правовые системы, не находящиеся в континентальной Европе. Данный термин имеет ряд синонимов, употребляемых компаративистами: «каноническое право», «гражданское право» («civil law»). Термин «civil law» наибольшее употребление приобрел в англоязычных источниках, так как специалисту англосаксонского права трудно определить ряд понятий, используемых в романском правовом языке. Но с таким же успехом романо-германское право можно было назвать «обязательственным правом», так как данное понятие также не свойственно правовому аппарату англосаксонской правовой семьи.

Своеобразное, своего рода интернациональное в рамках семьи права, оперирование категориями и понятиями говорит и о специфическом стиле юридического мышления, присущем представителям романо-германской правовой семьи. В самом общем виде континентальное юридическое мышление характеризуется совокупностью специфических представлений о характере романо-германского права и собственной оценкой общесемейного юридического режима.

Континентальное юридическое мышление определяет современный взгляд на систему, источники, нормативную общность и понятийный фонд романо-германского права. Иначе как с точки зрения деления национального права на частное и публичное, его строгой нормативной характеристики европейские юристы не воспринимают ни одну правовую систему романского толка.

Рассматриваемый тип юридического мышления менее либерален, чем англосаксонский. Особое почитание закона, как источника права, охрана нормативной природы, строгая дифференциация системы права при всей новизне происходящих правовых процессов останутся неизменными еще многие столетия. В таком духе континентальное юридическое мышление было воспитано историей.

Консервативность континентального мышления просматривается и в оценке им юридического режима романской семьи. Если правовые системы англосаксонского права наряду с прецедентом допускают и нормотворческую роль законов, то континентальная семья никоим образом не относит судебные решения к законодательным источникам права. Можно сказать, что романо-германское юридическое мышление характеризуется специфической правовой замкнутостью, проявлением которой являются всеобщее нормативное регулирование общественных отношений («нет юридического решения, которое не основано на законе») и особый порядок установления принципов поведения.

Сознание европейского юриста воспитано в духе толкования любой ситуации преимущественно на основании закона. Стереотип юридического мышления не допускает, что какое-либо общественное явление не имеет нормативного регулирования. Такая ситуация оказывает положительное влияние на законодателя, так как не позволяет ему принимать нормы сомнительного характера. Рождение новой нормы происходит лишь после того, как юристы доведут конкретную ситуацию до состояния сконцентрированного принципа, логически выведенного ими из законов. В конечном итоге законодатель лишь решает, каким образом нормативно выразить данный принцип, чтобы он прямо и явно вытекал из закона.

С этим напрямую связан и другой элемент континентального юридического режима – особый порядок установления правила (меры) поведения, что является в основном прерогативой законодателя. Будущий закон обсуждают все, начиная от судебных практиков и заканчивая юристами-теоретиками. Окончательное же решение принимает законодатель.

Данный тип мышления живет по исторически сформировавшимся законам единого господствующего взгляда на правовую действительность. Уровни обыденного, профессионального и научного понимания права являются достоянием национального правосознания той или иной правовой системы.

Тематика реферативных сообщений, курсовых и дипломных работ

1. Источники романо-германского права.
2. Рецепция римского права романо-германскими правовыми системами.
3. Судебная практика в системе правоприменения романских стран.

4. Доктрина как источник романо-германского права.
5. Континентальная правовая семья: юридическая география и современная европеизация.
6. Каноническое право в правовых системах Европы.
7. Право Европейского Сообщества как источник романо-германского права.
8. Закон в иерархии источников континентального права.
9. Континентальное юридическое мышление и национальное правосознание современных европейцев.
10. Внеевропейские романо-германские правовые системы.

Варианты контрольных работ

В-1

1. Обычай как источник романо-германского права.
2. Нормативная однородность континентального права.
3. Определите иерархию законодательных источников континентального права.

В-2

1. Общие принципы права как источник романского права.
2. Способы создания романо-германских правовых норм.
3. Определите иерархию доктринальных источников континентального права.

В-3

1. Международные нормы в системе источников континентального права.
2. Судебная практика и юридический прецедент в романских системах.
3. Дайте сравнительную характеристику немецкой и французской правовых систем.

В-4

1. Историческая общность романо-германского права.
2. Кодификация в правовых системах романского типа.
3. Сравните судебные системы Франции и Германии.

В-5

1. Система публичного континентального права.
2. Современное влияние канонического права Европы на характер правового регулирования.
3. Составьте сравнительную таблицу особенностей применения закона в романских и англосаксонских правовых системах.

В-6

1. Система частного права континентальной Европы.
2. Римское право и его влияние на формирование системы континентального права.
3. Определите особенности развития немецкой и французской моделей правового развития Европы.

В-7

1. Источники и истоки частного права Европы.
2. Декреты в нормотворческой практике романских правовых систем.
3. Составьте перечень юридических терминов, наиболее часто употребляемых в романской правовой практике.

В-8

1. Правовой понятийный фонд континентальной Европы.
2. Парламентский способ создания романских норм.
3. Сравните правоприменительную практику Франции и Германии в части использования доктрины.

В-9

1. Иерархия законов в континентальных правовых системах.
2. Особенности судебных решений романских правовых систем (в сравнении с англосаксонскими странами).
3. Приведите перечень общих принципов права, нормативно закрепленных и существующих доктринально.

В-10

1. Особенности скандинавского права.
2. Рецепция романских правовых традиций постсоветскими правовыми системами.
3. Дайте сравнительную характеристику юридической географии романского и англосаксонского права.

Тема 3. Англосаксонская правовая семья

Литература

1. Давид, Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози. – М.: Международные отношения, 1997. – С. 207 – 306.
2. Марченко, М.Н. Сравнительное правоведение. Общая часть / М.Н. Марченко. – М.: Изд-во «Зерцало», 2001. – С. 352 – 445.
3. Саидов, А.Х. Сравнительное правоведение / А.Х. Саидов. – М.: Юристъ, 2000. – С. 241 – 294.
4. Богдановская, И.Ю. Прецедентное право / И.Ю. Богдановская. – М., 1993.
5. Кросс, Р. Прецедент в английском праве / Р. Кросс. – М., 1985.

Англосаксонская формально-правовая общность является уникальным правовым образованием, где исторические традиции сохранились не как памятники правовой истории, а как активно функционирующие элементы правовой жизни целого ряда стран.

Юридическая география современной англосаксонской семьи права охватывает почти треть населения земли.

Представляется, что относительно юридической географии англосаксонской правовой семьи необходимо различать две стороны этой проблемы:

- влияние англосаксонского права, как некой правовой модели;
- формирование систем англосаксонской формально-правовой общности со всеми содержательными компонентами источников и системы права, нормативной однородности и единством правового понятийного фонда.

История вопроса. Система англосаксонского права сложилась в конце XVII века. Этому предшествовал довольно длительный период формирования ее элементов. Если в континентальных странах процесс формирования системы права осуществлялся путем дифференциации нормативного массива на ряд отраслей, то в англосаксонских правовых системах, наоборот – посредством интегрирования отдельных норм в определенные комплексы. Здесь не создавались институты и тем более отрасли права. Систематизация юридических решений имела только один критерий – судебный. В результате современная система англосаксонского права, представленная в виде «общего права» и «права справедливости», в одном случае

является продуктом деятельности Вестминстерских королевских судов (общее право), в другом – Канцлерского суда (право справедливости).

Временем, с которого начинают свою деятельность Королевские суды, принято считать XIII век. Герцог Нормандский практически сохранил английское обычное право. И хотя существовавшие до него суды графств и сотен стали именоваться мэнорскими и судами баронов, свои решения они продолжали принимать исходя из обычного национального права.

Положение изменяется, когда Высший суд (*Curia regis*), осуществляемый королем, начинает вытеснять обычные суды. Новая судебная процедура, введенная Высшим судом, пришлась более по душе английским подданным, нежели архаичная и запутанная процедура обычных судов. Так, решение по вопросу обратившегося выносит уже жюри, что исключает произвол и беззаконие со стороны единоличного судьи. Да и сама королевская власть могла намного эффективнее обеспечить выполнение решений, покровительствуя новым формам правосудия.

Общее право начинает наполняться нормами судебных решений, выносимых Вестминстерскими королевскими судами. Принцип, положенный в основу принятого решения, становится обязательным при решении аналогичных дел в дальнейшем. Так складывается правило прецедента. Эти нормы общего права не становятся принципом поведения для неопределенного круга лиц, как романо-германские нормы, но ценность общего права как материального англосаксонского права чрезвычайно велика.

Англосаксонское процессуальное право является больше продуктом деятельности Канцлерских судов. Невозможность разрешения королем огромного количества дел заставила ввести строгую формальную процедуру для приема просьб. Лорд-канцлеру – особе, наиболее приближенной к королю, выдавался перечень случаев, сопоставляя с которым содержание просьб, он решал, принимать или не принимать данное дело к королевскому производству. Так утвердился процессуальный принцип принятия заявлений «в случае подобия» (*in consimili casu*), который, в свою очередь, определил существование исков. Группировавшиеся жалобы и просьбы, получив процессуальное оформление, в дальнейшем считались, говоря современным языком, исками о возмещении вреда, о ненадлежащем исполнении и т.д. Приняв просьбу к своему производству, король единолично решал: отдавать ли ее на суд жюри, вызвать ли свидетелей, какие конкретно доказательства истребовать и т.п. В итоге, процессуальный принцип, на котором основывалось любое решение короля, становился обязательным для последующих случаев. В XVI веке лорд-канцлер приобретает все права

судьи. И уже не к королю, а к нему обращаются как к самому справедливому арбитру.

Прогрессивное для своего времени общее право начинает отставать от потребностей социально-экономического развития общества. Возникающая пробельность в регулировании новых отношений все чаще ликвидируется судом канцлера, который принимает решение исходя не из сложившегося прецедента, а руководствуясь исключительно чувством справедливости. Судейские полномочия лорд-канцлера еще более расширились во времена правления династии Тюдоров. Не связанный более прецедентами общего права, канцлерский суд повел себя достаточно свободно в плане рецепции элементов континентального права. К тому же традиционная для континента письменная процедура, которой к тому времени пользовался канцлер, способствовала заимствованию элементов романского судопроизводства. По мнению некоторых исследователей, в результате такой деятельности канцлерского суда и упадка обычного права английское право в XVI веке чуть было не оказалось в числе правовых систем континентального права. В такой ситуации потребовалась активизация судейского нормотворчества, благодаря которому могло появиться необходимое количество прецедентов, рассчитанных на регулирование общественных отношений нового типа. И если континентальному законодателю в такой ситуации достаточно было принять несколько законов, то англосаксонскому судье, чтобы ликвидировать правовую пробельность такого же объема, необходимо было выработать не один десяток судебных решений прецедентного типа. Нужно отметить, что судебная система Англии справилась с этой задачей. Помогли в этом, с одной стороны, работоспособность судей, с другой – прецедентные традиции общего права, и процедурно, и материально заложившие основы всей последующей практики судейского нормотворчества.

Процесс конвергенции с романским правом остановился в начале XVIII века. С этого времени лорд-канцлер не имел права подменять суды общего права, если по аналогичному делу имелся соответствующий прецедент. Само право справедливости могло теперь функционировать исключительно на прецедентной основе, а не на разуме и чувстве справедливости канцлера. Позднее Актами о судеустройстве 1873 и 1875 гг. было определено правило, окончательно ликвидирующее конфликт права справедливости с общим правом: нормы справедливости подлежали применению не только канцлерскими судами, но и общими. Это же касалось и норм общего права, на основе которых теперь выносил свои решения и канцлерский суд.

В таком двухэлементном виде система англосаксонского права существует и сейчас. Характер этих двух элементов, несмотря на их процедурное объединение Актами о судеустройстве, остается разным.

Общее право представляет собой исторически сложившуюся систему норм, основанную на обычаях местного и регионального характера.

Оно формировалось как система норм, воспринявших традиции и положения местных обычаев. Так называемые общие суды в принятии решений руководствовались сложившимися традициями, которые затем приобретали силу обязательных судебных прецедентов. Круг общественных отношений, регулировавшихся данными нормами, был традиционен: уголовные и договорные отношения, а также сфера гражданской ответственности (правонарушения в этой сфере). Эти три элемента остаются в сфере общего права и по настоящее время. Бывшие обычаи, принявшие форму судебных прецедентов, являются действующими и обязательными для применения.

Что касается *права справедливости*, то это относительно молодой (по сравнению с общим правом) элемент современного англосаксонского права. В сферу его регулирования вошли отношения, которые были не известны обычному общему праву: разрешение вопросов о недвижимости, о торговых товариществах, о несостоятельности (банкротстве), о ликвидации наследства; институты доверительной собственности и завещаний и т.д. Правом справедливости были созданы прецеденты, образующие сегодня отрасли акционерного, банковского, финансового, кредитного права.

Таким образом, нормы общего права достаточно консервативны и регулируют лишь более стабильные отношения – уголовные (в широком смысле слова), административные и договорные. Право справедливости, напротив, представляет собой достаточно мобильную систему норм и позволяет регулировать нетрадиционные для общего права общественные отношения, вплоть до космических и информационных.

Еще одна группа отличий общего права и права справедливости носит процедурный характер. Канцлерские суды отправляли правосудие в письменной форме, общие суды – в устной. По сей день отделение королевской скамьи Верховного суда Англии традиционно проводит слушание дел устно и состязательно, канцлерское же отделение письменно фиксирует как доказательства, так и все другие материалы дела. Право справедливости никогда не знало суда присяжных. Все ограничивалось инквизиционной (письменной) деятельностью канцлера. Таким образом, в настоящее

время сохранились обе процессуальные формы, ни одна из которых не была ликвидирована Актами о судеустройстве.

Что касается формы элементов англосаксонского права, то традиционно нормы права справедливости излагаются в виде приказов или запретов. Так в свое время поступал канцлер, когда вмешивался в процесс с целью истребовать подтверждение доказательств. Нормы же общего права не содержат элементов приказного характера. Очень часто общему праву недостает средств исполнить вынесенное решение. Поэтому в последнее время вопросы об установлении процедуры исполнения решения, вынесенного общим судом, перепоручаются канцлерским судам. Те в свою очередь выносят вердикт в виде судебного прецедента, который на будущее имеет обязательную силу для применения. В частности, так появились нормы о порядке ликвидации имущества банкрота.

Итак, **общее право и право справедливости** представляют собой две исторически сложившиеся системы прецедентов, которые отличаются по своей нормативной значимости, по сфере регулирования общественных отношений, а также по формальной процедуре реализации норм.

Следующей специфической чертой системы англосаксонского права является особый характер соотношения *материальных и процессуальных норм*. Долгое время англосаксонская семья не знала понятия материального права. Действительно, все англосаксонское право являлось правом судебных прецедентов, облаченных в строгую формальную процедуру. Общим принципом, который действует до настоящего времени, является требование следовать правилам, установленным прецедентами. Традиционно приоритет отдается процессуальной части англосаксонского права. Такому утверждению процессуального права в свое время способствовала неопределенность материально-правовых норм, разрозненных в прецедентной практике. В настоящее время, хотя система материального права стала более определенной, она все же не сумела пошатнуть авторитет процессуальных норм. Современные англосаксонские суды иногда больше радуют за отправление процедуры, чем за материально верный исход дела. Юрист, возбудивший дело в суде, должен обладать хорошим знанием процедур, а затем уже материального права, где определены субъективные права и обязанности сторон.

Надзорная и контрольная инстанции изначально проверяют правильность проведения самого процесса, а уже затем обоснованность применения прецедента. Решение подлежит отмене, если при всей верности обоснования оно имеет процессуальное нарушение.

Англосаксонское процессуальное право не содержит каких-то общих формул, охватывающих большинство из рассматриваемых дел. Поэтому процессуальных процедур в англосаксонском праве существует большое количество. Общий процессуальный порядок характерен лишь для проведения судебного заседания. Заранее составляются пункты разногласий сторон. Делается это в форме вопросов, содержание которых таково, что истец и ответчик вынуждены отвечать на них однозначно: «да» или «нет». Процессуальная форма допускает многословность лишь при исследовании устных доказательств (например, показаний свидетелей), а также при дебатах сторон и т.д.

Судебная практика является первым и главным источником как для формирования, так и для непосредственно применения англосаксонского права. Основной причиной ведущей роли судебных источников является то, что с помощью прецедентов сами судьи руководят развитием права в наиболее важных отраслях правового регулирования – уголовной и гражданско-правовой. Законодатель непосредственно не касается этих областей, отдавая приоритет судейскому нормотворчеству, предметом которого является разработка прецедентов, принимающих одновременно форму судебной практики.

Рассматривая судебную практику как источник права, мы должны исходить из общепризнанной концепции понимания источников всей англосаксонской правовой семьи, а не отдельными ее правовыми системами. В Англии в силу исторических причин судебная практика и судебный прецедент настолько сильно интегрированы друг с другом, что трудно определить, где форма, а где содержание английского права. В США после проведенной систематизации ряда законодательных отраслей скорее судебная практика будет определяться как источник права страны. Но в силу судейского характера англосаксонского права источником здесь является судебная практика как результат деятельности английских судов, где судебный прецедент занимает основное место. Только в одних правовых системах англосаксонского типа одновременно с прецедентным элементом в судебную практику включены и другие ее звенья, например, доктринальное начало, разум судьи и т.п. В других правовых системах, как, в частности, в английской, судебный прецедент занимает практически всю сферу судебной практики и считается источником английского права.

Прецедент не сразу занял ведущее положение в системе англосаксонского права. Его роль была нивелирована в XVII веке, когда право справедливости доминировало над общим правом, а сами нормы выраба-

тывались судами благодаря другим источникам – разуму и доктрине. Но уже в XIX веке известными Актами о судоустройстве было определено обязательное применение прецедентов всеми судами. Именно в это время упрощается судебная система, выпускаются новые сборники судебных решений. В современной прецедентной практике наметилась негативная тенденция чрезмерного обновления устаревших, по мнению правоприменителей, прецедентов. Законодатель в сложившейся ситуации мало чем может помешать, поскольку его акты проходят апробацию судебной практикой. Скорее всего, нынешним англосаксонским судам понадобится новая систематизация прецедентов, которая уже проходила в середине XIX столетия. Пока же высшие судебные инстанции пытаются ограничить рост числа прецедентов за счет сокращения публикуемых решений. Так, по некоторым данным лишь 10 % решений Высшего суда Англии подлежат опубликованию, а значит, и являются обязательными для нижестоящих судов.

Практика «авторитезации» судебных решений свойственна всем странам, входящим в англосаксонскую семью. Кодексы, существующие в ряде англосаксонских правовых систем, не имеют такого значения, как в континентальной семье. Здесь они более казуальны и практически неотдифференцированы. Вместе с тем, *закон* является немаловажным источником для современного англосаксонского права. Важной и одновременно сложной является проблема определения понятия закона в традициях англосаксонской семьи. В этих условиях закону действительно трудно обрести свое место в системе традиционных источников права. На сегодняшний день сложилось *два основных подхода* к определению закона, составляющих своего рода концепцию «законопонимания» в англосаксонском обществе.

Первый из них заключается в широкой трактовке понятия закона, который рассматривается как любой акт, изданный законодательной и исполнительной властями. В данном определении используется доктринальный элемент, суть которого сводится к тому, что закон – это определенная разновидность социальной команды, в соответствии с которой, во-первых, до общества доводится информация о том, что можно и чего нельзя делать, а, во-вторых, реализуется некое послание к властям об исполнении требований закона.

Вторая позиция сводит понятие закона до уровня акта, издаваемого в письменной форме высшим законодательным органом, обязательного для исполнения и обеспечиваемого принудительной силой государства. Дан-

ная трактовка закона предложена теми направлениями англосаксонской юриспруденции, которые ратовали за кодификацию современного законодательства. Поэтому предлагаемое определение ничем не отличается от романо-германского подхода.

Что касается широкой трактовки закона, то она как раз и выражает общесемейный подход англосаксонской юриспруденции к роли данного нормативного акта в традиционной системе источников. Можно по-разному терминологически определять законы. В свое время это были ордонансы (*ordinances*), провизии (*provisions*). В настоящее время все чаще употребляется термин «статут» и соответственно «статутное право». Суть природы англосаксонского закона от этого не меняется. Основной, определяющей понятие закона характеристикой является конкуренция законодательства и прецедента.

В англосаксонском праве все законы по отношению к судебной практике можно условно поделить на три группы:

- дополняющие судебные решения;
- уточняющие судебные решения;
- подкрепляющие судебные решения.

Особое место занимают законы, дополняющие судебную практику (*enabling Acts*). В основном они касаются социальных областей жизни общества: социального обеспечения, здравоохранения, образования и т.п. Появление данных законов обусловлено научно-техническим прогрессом и развитием социальных сфер общественной жизни. Эти законы очень далеки от традиций судебной практики. Поэтому можно сказать, что наряду с традиционной системой права в англосаксонских странах появляется новая автономная система, мало подчиненная авторитету судебных решений.

Другая группа законов (уточняющих судебную практику) имеет меньшее значение. Эти акты не всегда, будучи апробированными судебной практикой, в дальнейшем подлежат применению. Нередко норма, предложенная законодателем, не оформившись в виде прецедента, просто отторгается. Особенно часто это происходит, если законодатель посягает на абсолютную прерогативу судебной практики – гражданское и уголовное право. К законам, уточняющим судебные решения, относится и делегированное законодательство. Данные акты могут быть отменены судом. Для отмены законодательных актов, издаваемых исполнительной властью, существует целый перечень оснований.

Третья группа законов («подкрепляющих» судебные решения) практически не имеет существенного значения для совершенствования системы англосаксонского права. Скорее авторитет уже имеющегося судебного решения подкрепляет новоявленный закон, а не наоборот.

Своеобразным источником современного англосаксонского права является *обычай (custom)*, или как принято его называть в традициях континентального права – правовой обычай. Несмотря на то, что роль данной формы права становится все более незначительной, ее продолжают использовать на случай правового пробела в регулировании общественных отношений, а в отдельных странах, как, например, в Англии – в силу авторитета, сложившегося исторически. Не стоит также забывать и о том, что обычай – первый источник права, на основе которого рассматривались юридические споры в англосаксонском обществе, а затем формировалось и само современное общее право.

Определения обычая в его доктринальном и в правоприменительном значениях разнятся у представителей романских и англосаксонских правовых систем. Континентальные юристы основное внимание уделяют доктринальному, научному определению обычая. Англосаксонские юристы, напротив, сущность правового обычая рассматривают сквозь призму правоприменительной, и прежде всего, судебной практики. Сложилось много определений обычая, данных не только англосаксонскими юристами, но и представителями других общественных наук – философии, социологии, политологии и т.д. Но все же наиболее адекватное определение обычая даётся юристами, которые по понятным причинам заинтересованы в прагматичном определении данного источника права.

Исходя из этого определения, можно выделить две группы признаков, определяющих характер современного англосаксонского обычая:

- формально-технические;
- собственно правовые.

К *формальным признакам* традиционно относятся: определение непрерывности использования обычая; его непротиворечие другим обычаям; системность; распространенность на определенную территорию. Кроме того, в качестве одного из принципов выделяется разумность обычая.

Непротиворечие обычая статутному праву определяется самой природой взаимодействия этих двух источников. Законодатель постоянно стремится «узаконить» существование обычной нормы. Правда, часто его опережает судья, острее чувствующий потребности общественного регулирования и больше знающий о реально действующих обычаях.

Существование обычно-правовых норм «по праву», а не в силу принуждения основано на естественно-правовом представлении о норме. Согласно социологической теории права, обычай вытекает из самого себя, то есть из своей собственной природы, складывающейся объективно. В последнее время взгляд на данную проблему несколько изменился, и объективное значение обычая рассматривается уже с позиций государственно-правовой детерминированности его происхождения. Но в данном случае речь идет о так называемых новых обычаях, которые не долго остаются в данном своем статусе, а сразу же оформляются законом или судебным прецедентом. Другое дело – обычаи, существующие с «незапамятных времен», то есть старые обычные нормы, сохранившие естественно-правовую природу своего происхождения до наших дней.

Исторически сложилось так, что процесс превращения обычаев в прецеденты был остановлен деятельностью королевских судов. И те из обычных норм, которые не были санкционированы судебными решениями, так и остались самостоятельными источниками права. Этому способствовала и усиливавшаяся формализация права: все старые традиции, а вместе с ними и нормы обычая со временем признавались нерушимыми.

Таким образом, до

Использование разума – это прежде всего применение англосаксонскими судьями правовой доктрины, которая может определяться по-разному, но в принципе представляет собой способ исследования традиций и авторитетных мнений, сложившихся в англосаксонской правовой среде.

Общее право создавалось с помощью разума английского судьи. Если у континентального юриста базой являлось уже оформившееся римское право, то у англосаксонского не было ничего, кроме собственных обычаев, к тому же часто не отвечавших современным потребностям. Ликвидация правовой пробельности посредством разума в дальнейшем приобрела устойчивую тенденцию. Поэтому и сегодня юристы англосаксонской семьи свои решения часто основывают на разуме, то есть используя потенциал правовой доктрины.

Общность англосаксонского *правового понятийного фонда*, так же как и другие элементы рассматриваемой семьи права, сложилась исторически. Это происходило, с одной стороны, под влиянием специфики обычного права, с другой – континентальных традиций. Римское господство на протяжении четырех веков, а также христианизация англоязычных стран наложили заметный отпечаток на понятийный фонд англосаксонского права. Даже такое казалось бы исконное для общего права слово, как «прецедент», имеет римское происхождение (от лат. *praecedens* – предыдущий). Но все же большее влияние на понятийно-категориальный аппарат оказали местные традиции. Экономические условия хозяйствования, национальный колорит позволили выработать такие юридические понятия, которые в настоящее время вообще дословно непереводимы на континентальный правовой язык: «эстоппель», «треспасс», «траст» и др.

Иногда даже сами англосаксонские юристы не понимают друг друга. И это естественно, ведь курс англосаксонского права стал вводиться в университетах лишь в конце XVIII – начале XIX столетий. В 1758 г. курс английского права стал преподаваться в Оксфордском университете, а с 1800 г. – в Кембридже. С этого времени страны, рецептировавшие английскую правовую модель, начинают отправлять своих юристов на обучение туда, где преподавалось общее право. До формирования общесемейных правовых категорий в одних регионах правовые понятия формировались под воздействием местных традиций (языковых, этнических), в других – под влиянием соседних правовых культур. В общем же плане процесс формирования общности правового понятийного фонда происходил у всех этих стран на базе уже сложившихся представлений о системе, источниках права и авто-

ритете судебного решения. Одни правовые системы получили такое представление в результате рецепции, другие, подобно Англии, сами определяли эту общность.

Англосаксонский *тип юридического мышления* теоретически представлен теми же элементами, что и континентальный. Отличие обоих типов мышления заключается в содержании их составляющих, что в принципе и позволяет нам отличать один тип юридического мышления от другого.

Для англосаксонских юристов их право – это прежде всего право судебной практики (case law). Законодатель здесь выполняет больше политическую, нежели правотворческую функцию и имеет в области формирования норм права меньший авторитет, чем судья. Законопроект так и останется законопроектом, несмотря на его одобрение парламентом, если он не будет подтвержден целым рядом судебных решений. Причина этого состоит, прежде всего, во взгляде на природу англосаксонского права, которое, по мнению его субъектов, должно иметь либо судебное происхождение, либо судебное подтверждение. Какие бы прогрессивные законы не издавал парламент, они не будут оценены без участия судей. Юридический режим англосаксонской семьи отдает предпочтение лишь судебному порядку формирования прецедента, как конкретного правила поведения. Юрист данной семьи не допускает, что в его правовой семье может существовать еще какая-то процедура создания права. Данный подход закрепил ведущее положение судебного прецедента как источника права. При этом либеральный взгляд на роль других источников становится резко консервативным, как только любой из источников попробует без участия судебной практики определять характер права. В свое время по этой причине резкой критике подвергались обычай и доктрина.

Англосаксонские юристы признают нормативность континентального права. Но, изучая романскую семью, они большее внимание обращают на судебную практику. Такой же подход характерен и для континентального юриста, который в англосаксонском праве пытается усмотреть универсальную роль закона.

Право англосаксонских систем более открыто, нежели континентальное. В связи с этим англосаксонский юрист считает свое право вненациональным, принадлежащим всем правовым системам, где оно формируется судебными решениями. Кроме того, в англосаксонском правосознании право не является совокупностью норм, а законы не составляют право. Даже совокупность судебных решений не соответствует понятию права.

По мнению англосаксонского юриста последнее есть нечто большее, чем законы или даже прецеденты. Ведь очень часто судья самостоятельно выносит решение, не имея нужного прецедента, руководствуясь соображениями справедливости. Такой взгляд привел англосаксонского юриста к определению права как продукта разума.

Своеобразны взгляды англосаксонских юристов и на внутреннюю структуру права. Отрасли англосаксонского права являются не более чем комплексами судебных решений. Поэтому англосаксонский юрист не может говорить, например, об отраслях гражданского или административного права в их континентальном понимании.

Англосаксонский юрист не заботится и об общей сбалансированности системы права. По его мнению, каждая из норм-прецедентов сама должна найти себе место. Если этого не происходит, юрист не расстраивается из-за ее потери, считая такую норму излишней или несвоевременной. Правда, в некоторых случаях отсутствие контроля за сбалансированностью системы приводит к тому, что отторгаются нужные нормы-прецеденты, а иногда появляются прецеденты-дублиеры. Но это скорее исключение, чем правило.

Единство англосаксонского юридического мышления определяется, в первую очередь, характером самого англосаксонского права. Не имеет значения, знает ли судья заранее, как должно быть решено дело исходя из содержания прецедента. Тем более это относится к обратившемуся в суд неискушенному в юридических тонкостях гражданину. Англосаксонское право и не требует такого знания. Решить конкретное дело можно не только исходя из имеющегося прецедента, но и полагаясь на собственный разум. Такой подход характерен исключительно для англосаксонского типа юридического мышления.

Тематика реферативных сообщений, курсовых и дипломных работ

1. Англосаксонская правовая модель и ее рецепция современными странами.
2. Юридическая география англосаксонского права.
3. Общее право и право справедливости.
4. Процессуальное право Великобритании.
5. Прецедент в английском праве.

6. Правовая система США.
7. Современное право Англии.
8. Судебные системы англосаксонского типа.
9. История и современность английского права.
10. Источники права США.

Варианты контрольных работ

В-1

1. Процессуальное англосаксонское право.
2. Юридический прецедент.
3. Определите структуру англосаксонского материального права.

В-2

1. Административный прецедент в англосаксонском праве.
2. Формирование права справедливости.
3. Сравните судебные системы Великобритании и США.

В-3

1. Общее право и его источники.
2. Судебный прецедент.
3. Дайте сравнительную характеристику правовой системы США и Великобритании.

В-4

1. Источники англосаксонского права.
2. Система права Великобритании.
3. Сравните роль и значение прецедента в правовых системах США и Великобритании.

В-5

1. Формирование общего права.
2. Источники права США.
3. Дайте сравнительную характеристику судебной практики и судебного прецедента как источников права.

В-6

1. Закон как источник англосаксонского права.
2. Нормативная общность англосаксонских правовых систем.

3. Сравните федеративную систему права США и его отдельных штатов.

В-7

1. Разум как источник права.
2. Структура юридического прецедента.
3. Проведите анализ правовой системы Австралии исходя из ее общесемейной англосаксонской принадлежности.

В-8

1. Доктрина как источник англосаксонского права.
2. Право справедливости в правовой системе США.
3. Сравните роли и значение закона в правовых системах Великобритании и США.

В-9

1. Судебная система Великобритании.
2. История канцлерских судов.
3. Сравните обычай в англосаксонских и романских правовых системах.

В-10

1. Англосаксонский тип юридического мышления.
2. Подготовка юридических кадров в США.
3. Дайте развернутый сравнительно-правовой анализ рецепции англосаксонского права (на примере 2-3-х правовых систем).

Тема 4. Религиозно-общинная правовая семья

Литература

1. Давид, Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози. – М.: Международные отношения, 1997. – С. 308 – 396.
2. Саидов, А.Х. Сравнительное правоведение / А.Х. Саидов. – М.: Юристъ, 2000. – С. 295 – 344.
3. Крашенинникова, Н.А. Индусское право: история и современность / Н.А. Крашенинникова. – М., 1982.
4. Современное право КНР. – М.: Наука, 1985.
5. Сюкияйнен, Л.Р. Мусульманское право: вопросы теории и практики / Л.Р. Сюкияйнен. – М., 1986.

6. Супатаев, М.А. Право в современной Африке / М.А. Супатаев. – М., 1989.
7. Инако, Ц. Современное право Японии / Ц. Инако. – М., 1981.

Правовые системы религиозно-общинного типа представляют собой уникальную и самую древнюю модель нормативной организации общественной жизни. Связь права и религии характерна практически для всех правовых систем данного типа.

Терминологические особенности. Понятие «религиозно-общинная правовая семья» не имеет общепризнанного значения, как не существует и однозначного подхода к признанию такой формально-правовой общности. В компаративистской литературе применительно к праву религиозно-общинных правовых систем употребляются термины «семья неотдифференцированного права», «традиционные правовые семьи», «правовые семьи религиозно-нравственной ориентации». Представляется, что названные термины не совсем адекватно отражают сущность рассматриваемой формально-правовой общности. Понятие неотдифференцированности носит больше технический характер относительно форм нормативной систематизации. «Традиционность» правовых систем можно рассматривать, лишь анализируя доктрины, сложившиеся в определенных обществах в форме традиций. Термин «нравственная ориентация» вообще представляется неуместным применительно к образованиям правового характера.

Понятия «религиозно-общинное право», «религиозно-общинная правовая семья» и т.п. указывают как на религиозную принадлежность данных явлений, так и на то, что право данной семьи служит не конкретному индивиду, личности, а определенной общине, что неразрывно связано с определенным религиозно-философским представлением о человеке. Терминология религиозно-общинного характера пронизывает всю сферу правовой жизни традиционных обществ, что естественно отразилось на общности источников и системы религиозно-общинного права, его нормативной однородности и своеобразии правового понятийного аппарата.

История вопроса. Несмотря на свой древний возраст, религиозно-общинная правовая семья сформировалась в конце XVIII – начале XIX вв. Основами ее предшествующего развития выступали, с одной стороны, различного рода религиозно-философские концепции, с другой – обычно-правовые представления о нормативном регулировании общественных отношений.

Середина I-го тысячелетия до нашей эры в странах Древнего Востока была отмечена небывалым развитием философских течений. Конфуцианство в Китае, а позднее и в Японии, брахманизм в Индии, суннизм на Аравийском полуострове заняли место господствующих идеологий. В этих регионах выделение общественных наук из сферы философии происходило достаточно медленно. Право также не стало объектом исследования отдельной науки, а оказалось предметом религиозной философии.

Но религия была лишь методологической основой для формирования правовых явлений. Существующим же общественным отношениям необходимо было более конкретное нормативное регулирование, роль которого и стало выполнять обычное право. Эти две первоосновы сегодняшней религиозно-общинной правовой семьи – религия и обычай прекрасно уживаются уже не одно столетие, ведь формирование правового обычая происходило прежде всего под влиянием определенного религиозно-философского идеала.

В конце XVI – начале XVII вв. развитие европейской цивилизации привело к поиску новых сфер влияния. Колонизация территорий проходила довольно быстро. В одних случаях причиной этого являлась малочисленность местного населения, неспособного отразить вторжение. В других случаях такой причиной была неразвитость собственных цивилизаций тех народов, которые подвергались колонизации. Говоря о регионах азиатской части европейского материка и Дальнего Востока, нужно отметить, что здесь условия экспансии и рецепции европейского права были несхожими с условиями тех территорий, где колонизация проходила довольно успешно. Большая численность местного населения, высокоразвитый тип собственной цивилизации, да к тому же и сильная религиозная вера не позволили государствам с религиозно-общинным правом утратить свою правовую самобытность. Проникшие сюда отдельные европейские правовые элементы до сих пор остаются инородными элементами.

Противоборство европейского и религиозно-общинного права продолжалось до конца XVIII столетия. Несмотря на европейское влияние, формирование религиозно-общинной семьи проходило прежде всего под воздействием своих собственных внутренних условий. Страны религиозного права не противились ни кодексам, предложенным романскими юристами, ни широкой сети судебных учреждений, привнесенной англосаксами. Но все эти нововведения оказывали незначительное практическое воздействие на правовую жизнь населения, которое продолжало придерживаться религиозных догм и обычаев. В результате конец XVIII – начало

XIX вв. были ознаменованы появлением новой правовой семьи. К этому времени складываются общность источников и системы права, а также нормативная однородность и общность правового понятийного фонда. Сквозь призму религиозно-общинного мышления начинают рассматриваться как собственные, так и зарубежные правовые явления.

Источники права. Определение источников религиозно-общинного права представляет собой сложную проблему. Традиционно считается, что таковыми являются религиозные догмы, изложенные в священных книгах. В странах, где сохранились религиозно-племенные отношения, к числу источников относят еще и обычай. Причем каждый из компаративистов, специализируясь в своей религиозно-общинной правовой системе, определяет и соответствующую систему источников – индусского, японского, африканского права и т.д. Такой узкосистемный подход связан с западной традицией неприятия единства религиозно-общинной правовой семьи.

Данная ситуация объясняется переоценкой исследователями идеологического фактора при классификации национальных правовых систем. По этой же причине в свое время была выделена «семья социалистического права», которая достаточно быстро «исчезла» с правовой карты мира, чего объективно не может происходить с такими макроуровневыми образованиями. По идеологическим основаниям оказались неотдифференцированными и не объединенными в одну группу правовые системы религиозно-общинного типа.

Представляется, что современные тенденции взаимодействия различных правовых культур, включая и направление религиозного характера, как раз говорят в пользу того, что существующие сегодня правовые системы религиозно-общинного типа должны быть объединены по единым формальным признакам и определены в качестве самостоятельной формально-правовой общности. И первым элементом данной общности является *однородность источников права*, представленная не одним религиозным элементом в виде священных книг, а еще и обычно-правовыми формами, и даже таким элементом светского характера, как законодательные источники.

Традиционно первое место в системе форм религиозно-общинного права занимают *религиозно-правовые источники*. Сюда относятся различного рода священные книги, содержащие религиозные догмы и правила поведения: Коран и Сунна – в мусульманских правовых системах; Дхарма – в индусском праве и т.д. Кроме того, в отдельных правовых системах место священных книг занимают общепринятые социальные нормы, которые

считаются как бы освященными многовековой историей собственного народа. Например, в Китае таким источником являются ритуалы – социальные нормы, регулирующие различные стороны общественной жизни. К данным нормам, в частности, относятся правила подчинения лицу по иерархии, запрет на открытое возмущение и т.д. Эти и другие предписания не могут быть отнесены к простому обычаю, который в религиозно-общинном праве имеет, как правило, локальный характер.

Группа религиозно-правовых источников имеет свою иерархическую систему, которая характеризуется скорее не строгой подчиненностью, а конкретизацией нижестоящим источником вышестоящего. Например, в мусульманских правовых системах толкователем Корана является Сунна, которая на примере жизни пророка показывает, как конкретно должен поступать мусульманин, дабы не нарушать общие догмы Корана. В индуистском праве Артха и Кама поочередно толкуют Дхарму.

Священные источники оказывают существенное влияние не только на внутреннюю жизнь народов, придерживающихся определенной религии или учения. Данные формы права присутствуют и в отношениях межгосударственного характера, когда речь идет о подписании международных договоров и тем более частных контрактов между физическими и юридическими лицами. Правда, нельзя сказать, что участники международных отношений ссылаются в своих документах на нормы Корана или Кийяса. Но правовая идеология, как на переговорах, так и в процессе исполнения договора оказывает заметное влияние на поведение участников правоотношений.

Вторую группу источников религиозно-общинной правовой семьи представляют *обычно-правовые формы*. К ним относятся обычай и доктринально-толковательные источники.

Обычай в религиозно-общинном праве неоднороден. Он не может оцениваться с точки зрения романских или англосаксонских традиций, поскольку его природа имеет совершенно иной характер. Обычай религиозно-общинного права имеет две разновидности – обычаи религиозного содержания и обычаи, не детерминированные религиозной природой. Первый вид в религиозно-общинном праве имеет наибольшее распространение. Он, как бы выразился континентальный юрист, носит правовой характер. К тому же он зависит от священных догм и не может им противоречить. Религиозно детерминированный обычай входит в структуру права целого ряда правовых систем религиозно-общинного типа. Индия до сих пор имеет полурелигиозное право в тех отраслях, которые не кодифициро-

ваны. В Нигерии обычное право уже поглощено традиционным мусульманским правом, которое теперь является здесь разновидностью местного обычного права. Что касается обычаев религиозного характера африканского региона, то он определяется не нормами священных текстов, а аниимистическими верованиями, выражающимися в культах и обрядах.

Что касается второго вида обычаев, формирующих религиозно-общинное право, то они рассматриваются как локальные источники права, исходящие из условий места и времени. Исторически они слабо связаны с религиозной догмой. В результате эволюции религиозно-правовых источников обычай постепенно вошел в тексты книг, толкующих главный священный источник, и сам стал восприниматься как религиозная догма. Но поскольку обычай при своем рождении в большей степени учитывал особенности общественных отношений, нежели религиозные нормы, то можно сказать, что он является мерой социального в религиозном праве.

Все обычно-правовые источники, так же как и религиозно-правовые, подлежат толкованию. Данная особенность обусловлена тем, что религиозным догмам священных книг не хватает возможности урегулировать все конкретные жизненные ситуации. Но разница в толковании этих групп источников состоит в том, что, допуская способ толкования, религиозно-правовые источники все же не выходят за рамки религиозно-догматического понимания явлений в обществе. Обычно-правовые источники допускают толкование больше правового, нежели религиозного характера, не противоречащее при этом религиозно-правовому источнику.

Толковательная специфика обычно-правовых источников состоит в том, что они дают именно правовое разъяснение главным священным книгам, а не исключительно религиозное, как это делают, например, Сунна или Артха. При этом принципы и содержание такого толкования в различных правовых системах семьи могут быть различными. Например, Кийяс в мусульманском праве представляет собой средство принятия решения по конкретному делу исходя из общих религиозных норм. Принцип справедливости в индусском праве прямо определяет, что если нет нужной нормы, то решить дело можно по совести и справедливости.

Нормативное содержание обычно-правовых источников основано на обязанностях. О каких-либо правах непосредственно речи не идет. Причем эти обязанности не подразделяются на чисто религиозные и юридические. Например, китайские риты обязанность заботиться о родителях рассматривают и как юридическую, и как этическую. Религиозные обычаи восточно-африканских народов содержат регламентацию ведения полевых работ, на-

значения должностных лиц, ведения войны и т.д. По оценкам отдельных исследователей, в современных правовых системах религиозно-общинного типа наблюдается секуляризация религиозных обычаев. Но как показывает практика применения обычных норм традиционными судами, данная секуляризация не носит характера устойчивой тенденции. Например, в Нигерии действует более 15 тысяч судов обычного права, на долю которых приходится 90 % всех рассматриваемых в судах дел. В Заире традиционные суды рассматривают около 400 тысяч дел в год. Такая же ситуация с применением обычаев соответствующими судами существует в Индии, Иране, Саудовской Аравии, Шри-Ланке и т.д.

Третью группу источников религиозно-общинного права составляют *законодательные формы*, к которым относятся светские законы и ординансы. Их характер, как правило, формален. Закон в религиозно-общинной семье занимает место, отводимое в романском праве циркулярам и инструкциям. Он рассматривается как временная управленческая мера и правовой в традиционном понимании не признается. Традиционное право религиозно-общинной семьи формируют лишь первые две группы источников.

Несколько иная ситуация с законодательными источниками существует в странах, где светские и религиозные нормативные регуляторы интегрированы, а конституции объявляют ту или иную религию официально исповедуемой всем обществом. Роль закона в таких обществах достаточно велика, если вообще не достигает авторитета религиозных источников права. Так, согласно Конституции Исламской Республики Иран, все законы должны соответствовать принципам ислама. Исполнение данного правила контролирует специальный конституционный совет, в котором половину составляют мусульманские богословы. В Саудовской Аравии термин «закон» вообще не применяется в правотворческой практике. Его заменяют регламенты («низамы»), которые вводятся в действие декретами короля («марсумами»). Низамы издаются лишь по тем вопросам, которые не урегулированы королем. Сам закон («канун») изначально заложен в священных текстах, которые большинством конституций исламских стран объявлены источником законодательства.

Таким образом, система источников религиозно-общинного права обладает определенной общностью, несмотря на разночтения, имеющиеся на уровне отдельных правовых систем. Структурированность и системная определенность религиозно-общинных источников дает основание говорить о том, что они представляют собой традиционные формы, активно интегрирующие светские и религиозные начала в праве. Авторитет рели-

гиозных источников продолжает активно влиять на формирование всей системы источников религиозно-общинного права и в целом на характер формально-правовой общности.

Система права. Вторым компонентом рассматриваемой общности является система права, сложившаяся в недрах религиозного общества и существующая как важнейший элемент правовой жизни традиционных обществ. Система религиозно-общинного права, испытав на себе влияние как религиозных идей, так и светских правовых доктрин, не может рассматриваться либо только как религиозная структура традиционного общества, либо как вестернизированная модель правового регулирования. Данная система вобрала элементы и светского, и религиозного начал. Так, Япония вынуждена была скопировать романскую модель структуры права. В противном случае положение Японии на мировом рынке было бы непредсказуемым, учитывая островную замкнутость государства. Африканские системы права под влиянием английской практики восприняли элементы исковых отраслей, а также саму модель английского судоустройства.

Таким образом, можно сказать, что в правовых системах современных религиозно-общинных государств действует две системы права – *традиционная и европеизированная («вестернизированная»)*. Но такое деление можно использовать, анализируя систему права конкретной страны, то есть проводя исследования на уровне конкретной правовой системы. Анализ же системы права уровня правовой семьи не приемлет такого подхода, так как он должен проводиться с учетом особенностей всех правовых систем, входящих в единую семью права.

Система традиционного религиозно-общинного права может быть представлена в виде элементов общерелигиозного права, права общин и так называемого управленческого права.

Нормы *общерелигиозного права* носят общий характер для всех субъектов правоотношений и всех видов общественных отношений. Главным образом эти нормы закреплены в религиозно-правовых источниках. Они принципиально охватывают все стороны общественной жизни. Структуру общерелигиозного права составляют не отрасли, а отдельные религиозно-правовые догмы. Причем одна и та же догма может регулировать различные по характеру отношения.

Таким образом, система общерелигиозного права представлена не в виде традиционных для европейского юриста отраслей гражданского, уголовного, трудового права и т.д., а в форме комплексов догм религиозно-правового характера. Систему этих догм можно установить лишь доктри-

нальным путем. Так, мусульманские исследователи выделяют строфы Корана, определяющие личный статус правоверного, их насчитывают около 70, строфы уголовно-правовой направленности – около 30, строфы, составляющие судейское право – 13, и даже относящиеся к сфере международного права – 25. Общерегигиозное индусское право также охватывает все сферы общественной жизни. Достаточно посмотреть на правовые институты Дхармашастр, и мы обнаружим пусть и достаточно своеобразные, но самостоятельные элементы договорного, семейного, уголовного права.

Что касается второго элемента системы – *права общин*, то оно в различных правовых системах может быть либо включено в структуру общерегигиозного права, либо представлять собой определенную совокупность местных обычаев. Обычаи эти будут распространяться лишь на жителей (членов общины) определенной территории. Так, общерегигиозное индусское право дифференцировано на Дхарму, которая является правом общины брахманов – высшего сословия, Артху – право торговцев и Каму – право низшего сословия. В правовых системах Африки, где существует большое количество общин, их право выходит за пределы общерегигиозного. Но в обоих рассмотренных случаях принципиальное деление права на общерегигиозное и право общин не меняется.

Право общин представляет собой важный в нормативном плане элемент структуры религиозно-общинного права. Его регулятивное значение закрепляется на уровне ведущих источников права, принятых в правовой системе. Это признает не только традиционное, но и светское право. В частности, Конституция Ганы прямо определяет нормативное значение права «отдельных общин Ганы» (ст. 40). Законодательство Замбии допускает применение права этнических групп этого государства, которое является основой правосудия традиционных вождей.

Значимость права общин выражается и в сфере его применения. Анализ действия общинных норм показывает, что они регулируют достаточно широкий круг общественных отношений, являющихся традиционным объектом для названных норм. Сюда относятся земельные отношения, а в некоторых правовых системах отношения собственности, брачно-семейные отношения, правовой статус лиц, отношения наследования и т.д. Можно сказать, что право общин представляет собой нормативный компонент системы права, который, в отличие от общерегигиозного права, содержит общеправовые ориентиры для правотворческой и правоприменительной практики. Так, если общерегигиозное мусульманское право нацелено урегулировать отношения правоверных с Аллахом, с государством и

религиозными конфессиями, то право общин регулирует возникающие отношения между лицами. Этому посвящена основная масса норм муамалата (гражданского права), деликтного права и сийара, условно именуемого отраслью мусульманского международного права. Конечно, на практике достаточно трудно разграничить две системы действующего традиционного права – общерелигиозного и права общин. Нормы этих элементов настолько сильно интегрированы, что иногда не удается установить, где заканчивается сфера действия общинного права и начинается применение общерелигиозных норм. В религиозных обществах с развитыми традициями права этнических групп, право общин в регулятивном плане выделяется заметнее. В качестве примера можно назвать право африканского региона. В тех обществах, где религиозные положения сильно интегрированы с нормами права общин, выделить блоки общерелигиозных и так называемых общинных норм достаточно проблематично. Но, с другой стороны, в правовых системах, где сильны этнические правовые традиции, большое влияние на правовой климат оказало право других регионов. Если мы посмотрим на юридическую географию африканского континента, то обнаружим сильное правовое влияние бывших колониальных государств. Общее право официально принято правовыми системами Гамбии, Замбии, Нигерии, Кении, Судана, Маврикий. Бельгийское право оказало свое влияние на правовые системы Зиара, Бурунди и Руанды. Французское право применялось в правовых системах Сенегала, Мали, Нигера, Чада, Камеруна и даже Мавритании, относящейся к мусульманскому типу правовых систем.

Вместе с тем, ослабление роли общинного права приводит к активизации другого элемента религиозно-общинной системы – так называемого управленческого права. Речь идет об управленческом праве именно *религиозного типа*, которое сформировалось относительно недавно под влияние процессов европеизации традиционных религиозно-общинных нормативных регуляторов. Данный элемент отличается от законодательной системы, представляющей в традиционных обществах параллельную систему права. В частности, такой структурный компонент сформировался в Японии, где наряду с традиционными нормами права «гири» действует система вестернизированного права, представленная отраслями конституционного, административного, гражданского, уголовного права и т.д. Такая же система характерна и для права современного Китая.

Управленческое право традиционного типа представляет собой систему законодательных норм в широком смысле этого слова, закрепляющую традиционную основу правового регулирования. С одной стороны,

управленческое право представляет собой звено светского законодательства и рассматривается как система актов государственных органов, включая подзаконные нормативные акты. С другой стороны, рассматриваемый элемент является частью традиционного религиозно-общинного права и регулирует соответствующие отношения между членами традиционного общества религиозной ориентации. К числу норм управленческого права могут быть отнесены и нормы конституции, закрепляющие статус и правила (процедуры) применения традиционного права, и нормы делегированного законодательства и даже подзаконные предписания («by laws») местных органов власти. Значение данных норм не зависит от субъектного уровня принятия тех или иных нормативных решений. Скорее большую роль здесь играет объект правового регулирования, который рассматривается сквозь призму традиционного права. Управленческие нормы не должны противоречить общепризнанным нормам религиозных традиций. Так, Конституция Исламской Республики Иран содержит прямое указание о том, что «кануны» (законы) должны соответствовать принципам ислама. Сам объект регулирования традиционного управленческого права – это отношения организационного характера, реализуемые в сфере оперативного применения традиционных норм. Речь идет о правоприменении в сфере социальных отношений, здравоохранения, образования, налоговой деятельности и т.д. Эти и подобные им группы отношений по своей природе не могут противоречить положениям традиционного права.

Исследование проблем управленческого права как элемента традиционной системы религиозных обществ является достаточно важной научной задачей для современной компаративистики. Недаром в последнее время появляется все большее количество работ, посвященных этой проблематике. Главным условием верного подхода к пониманию данной проблемы является правильное отграничение управленческого элемента традиционного права от общепризнанного светского законодательства, которое часто интегрировано с религиозным элементом, что и затрудняет исследование. Глубокое предварительное изучение традиций религиозно-общинного права, а также знание не только нормативного, но и функционального содержания является первым и главным условием последующей методологически верной оценки всех компонентов традиционного права.

Нормативная однотипность. Следующим элементом формально-правовой общности религиозно-общинного типа является нормативная однородность, определяющая как степень абстрактности или казуально-

сти нормативного правила, так и форму его закрепления в традиционном обществе.

Нормативная общность религиозной семьи состоит в том, что все правовые системы под нормой понимают не абстрактную обязанность к определенному поведению, изложенную в Коране или иной священной книге, а более-менее конкретное ее толкование. Лишь в виде определенного правового предписания, изложенного в источнике-толкователе, норма будет действовать. Таким образом, несмотря на огромный авторитет священных источников права, религиозно-общинная семья не приемлет норму в виде неопределенного веления. Следовательно, норма права в религиозной семье относительно конкретна. Так, мусульманский кади (судья) не применяет непосредственно Коран или Сунну. В основном он пользуется Иджмой, которая дает окончательное толкование названным источникам.

Норма может вытекать не только из священных книг, но и непосредственно из религиозно-правового обычая. Особенно это характерно для японского и китайского права. Но при этом норма не перестает требовать своей конкретной определенности и по характеру остается религиозно-правовой. Так, нормативность японского права основана на нормах права «гири», основным источником которого является синтоистская доктрина морального порядка. «Гири» не имеют своего религиозно-материального носителя в виде священных книг. Вся система моральных принципов «гири» построена по принципу «нинхо», выражающего чувство преданности, которое и объединяет всех членов общества в их отношениях.

То же самое можно сказать и о нормативной общности китайского права, с той только разницей, что китайские риты находят свое основание в другом религиозном направлении – конфуцианстве, которое также не имеет священных текстов.

Современные исследования нормативной общности религиозно-общинной правовой семьи стараются избегать самого термина «норма права» применительно к традиционному праву. При этом употребляется не совсем точная для нормативной природы любого права терминология: «строфа», «религиозно-правовая догма», «концепция» и т.п. Нормативное своеобразие религиозно-общинного права не исключает его из общей системы признанных нормативных регуляторов и не переводит исследования данной правовой материи в русло историко-этического направления. Нормы религиозно-общинного права скорее самоисполнимы, нежели применяемы. Но в то же время они и более исполнимы, нежели все другие свет-

ские регуляторы, гарантированные принудительным исполнением со стороны государства.

Нормативная общность религиозно-общинного права характеризуется еще и тем, что она обладает особой детерминированной системностью.

Правовой понятийный фонд. Говоря о правовом понятийном фонде религиозно-общинной семьи права, необходимо отметить, что его содержание практически мало изменилось за последние столетия. Причина этого – в сложившейся консервативности языковой лингвистики. В каждое правовое явление юрист религиозно-общинной семьи вкладывает скорее литературное, нежели правовое понятие: «шариат» – путь следования; «дхарма» по разным литературным источникам – религиозный долг, добродетель, мораль; «жэнь» – человеколюбие и т.д. До сих пор многие правовые термины религиозно-общинной семьи не только не определены по содержанию, но и не переведены на европейские языки. Терминология религиозно-общинного права часто не имеет соответствия в понятийном аппарате европейца и по этой причине истолковывается довольно многозначно. Еще во времена английского господства в Индии (XVII – XVIII вв.) англосаксонские юристы, применяя обычное индусское право, сталкивались с очень большими языковыми трудностями перевода. Одно время пришлось приглашать пандитов, чтобы те оказывали помощь в разрешении конкретных дел. Эти жрецы хорошо знали содержание местных обычаев и выступали в роли арбитров в разрешении возникшего спора. Английский суд при этом лишь формально придавал обязательную силу вынесенному ими решению.

Помимо лингвистической, правовые понятия в религиозно-общинной семье имеют и религиозную окраску. И хотя в современном языке юристов таких терминов остается все меньше, все же в ближайшее время эта религиозно-языковая особенность будет присутствовать.

Тип юридического мышления. Воспитанный в духе религиозного детерминизма религиозно-общинный тип юридического мышления по-иному воспринимает право своей семьи. Специфика взглядов религиозных юристов касается как понимания самого права, так и той роли, которую оно призвано выполнять в обществе. Для религиозно-общинного мышления право не является совокупностью норм. Оно есть определенная модель, неразрывно связанная с религиозными постулатами-принципами. И этой модели должен следовать каждый человек в своей повседневной жизни. Нормы же существуют больше для практической наглядности. «Законы существуют для устрашения», – утверждает китайская доктрина.

«Граждане не должны думать о законах», – говорят японцы. Право – образ жизни гражданина, следующего предписаниям священных книг, все остальное в традиционном определении – не право. Таково понимание этого важного социального феномена в современной религиозно-общинной семье.

Тематика реферативных сообщений, курсовых и дипломных работ

1. Традиционное мусульманское право и его адаптация к современным условиям.
2. Источники индусского права.
3. Традиционное китайское право.
4. Современное право Японии.
5. Дальневосточные правовые системы.
6. Африканское обычное право.
7. Закон в современных традиционных обществах.
8. Индусская правовая система.
9. Еврейское право и его адаптация в современном обществе.
10. Источники мусульманского права.

Варианты контрольных работ

В-1

1. Африканский «фомба» (обычай).
2. Источники еврейского права.
3. Проведите сравнение источников китайского и японского права.

В-2

1. Источники индусского права.
2. Значение Корана в жизни мусульманского общества.
3. Сравните роль и значение закона в современных традиционных обществах.

В-3

1. Персональные и территориальные правовые системы.
2. Правовая культура традиционных обществ.
3. Составьте таблицу источников светского и традиционного права Японии.

В-4

1. Право «гири» в современном японском обществе.
2. Роль кади в мусульманской правоприменительной системе.
3. Сравните современные судебные системы Японии и Китая.

В-5

1. Риты как источник китайского права.
2. Судебная система Индии.
3. Сравните использование обычая в африканских и мусульманских правовых системах.

В-6

1. Иджма и Кийяс – источники мусульманского права.
2. Африканские правовые системы.
3. Определите юридическую географию действия мусульманского права.

В-7

1. Нормативная однородность религиозно-общинной семьи права.
2. Источники африканского права.
3. Сравните действие религиозных источников в мусульманских правовых системах (на примере 2 – 3-х стран).

В-8

1. Источники религиозно-общинного права.
2. Судебная система Египта.
3. Сравните действие светских и традиционных источников в правовой системе Японии.

В-9

1. Система традиционного права.
2. Источники права Индии (светские и традиционные).
3. Определите сферу действия персональных и территориальных правовых систем в современной Африке.

В-10

1. Право общин в современной Индии.
2. Система еврейского права.
3. Сравнительная характеристика источников мусульманского и индусского права.

МОДУЛЬ 3. ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ (ХРЕСТОМАТИЯ)

1. Французская правовая система
2. Английская правовая система
3. Китайская правовая система

Тема 1. Французская правовая система

Литература

1. Франция. Конституция и законодательные акты. – М.: Прогресс, 1989.
2. Ардан, Ф. Франция: государственная система / Ф. Ардан. – М., 1994.
3. Боботов, С.В. Правосудие во Франции / С.В. Боботов. – М., 1994.

Понятия «французская правовая система» и «правовая система Франции» в компаративистской литературе определяются как два явления, первое из которых рассматривается в качестве правовой модели, заимствованной целым рядом романских правовых систем, второе – традиционно определяет право Французской Республики как национально-государственного образования. Данные понятия дополняют друг друга, определяя юридическую географию рассматриваемой правовой системы. Если говорить о расположении французской правовой системы на юридической карте мира, то достаточно трудно будет определить подробную географию этой системы. Ее компоненты были заимствованы даже англосаксонской семьей (достаточно вспомнить провинцию Квебек, где действует Французский гражданский кодекс), а идеология французского права как одного из вариантов романизации национального права остается востребованной и по сей день. Поэтому определить юридическую «протяженность» французской правовой системы можно лишь тщательно анализируя качественные компоненты данного правового образования.

Французская правовая система принципиально сформировалась во второй половине XIX века. К этому времени оформились в правовом плане основные политические и частноправовые институты, появившиеся в результате революций. Кроме того, к концу XIX века сформировалась система французских колоний, куда экспортировалось право Франции. Но расширение географии французской правовой системы проходило не только вследствие колониальной политики Франции. В большинстве случаев география французского права изменилась за счет добровольной рецепции ее

правовых элементов другими странами. Так, первый японский Гражданский кодекс 1890 года был составлен по образцу французского кодекса. В модифицированном виде нормы французского права продолжают действовать в Японии и сегодня.

Юридические границы французской правовой системы в настоящее время не расширяются. Вместе с тем, определенные правовые идеи и концепции не знают границ. Поэтому влияние французского права на жизнь других регионов возможно через юридическую практику и правовую доктрину.

Французская система более других не похожа на общность романогерманского права, так как наибольшим изменениям рецептированное римское право было подвержено именно во Франции. Здесь характер романской правовой модификации определялся свободолобивыми идеями французских просветителей. Свобода и равенство, защита частной собственности как эталоны политического обустройства французского общества автоматически примерялись к праву. В результате, в самом французском праве свое юридическое обоснование находят свобода договора и формальное равенство сторон. В основе французской рецепции лежало следование основным принципам римского права, а не буквальное подражание нормам и институтам. Французская правовая система, переработав римские правовые постулаты, дала многим странам совершенное новое право, не похожее на старое римское. Недаром французские Кодексы остаются действующими на территории многих романских стран и по сей день.

Франция одной из первых произвела дифференциацию права на частное и публичное. *Публичное право* из совокупности норм, регулирующих исключительно ведомственные государственно-служебные отношения, превратилось в самостоятельное звено, определяющее характер отношений между государством и личностью, властным органом и гражданином. Сегодня публичное право Франции – это достаточно развитое звено в национальной системе права. Оно представлено четырьмя блоками отраслей – конституционным правом; административными нормами, включающими наряду с традиционными управленческими нормами ряд имущественных, трудовых, семейных и даже уголовных положений; финансовыми нормами, традиционно регулирующими расходы и доходы в стране; международным публичным правом. Последнее – включено в доктринальную систему публичного права скорее исходя из терминологии публичности международных норм.

Наиболее развитым элементом в системе публичного права Франции является административное право. Административное право Франции носит комплексный характер и в отличие от соответствующих отраслей других национальных систем права включает наряду с традиционными нормами, регулирующими управленческую деятельность, много, казалось бы, несвойственных административному праву норм. Так, административное законодательство включает разделы «Имущество», «Зрелища», что говорит о достаточно специфическом характере административного регулирования этих отношений.

Административно-правовое влияние отразилось и на ряде частных правовых отраслей, куда традиционно относятся гражданское право, торговое право, включая морское и гражданское процессуальное право. Так, административное право занимает активную позицию в регулировании арендных отношений путем установления квот, введения принудительных сервитутов и т.п. Новым явлением для французского частного права является институт обязательного договора, который заключается по указанию публичных властей.

Одной из основных доктринальных проблем в систематизации национального права Франции является определение места и роли так называемых смешанных отраслей, включающих одновременно нормы публичного и частного права. К таким отраслям относятся трудовое, страховое, транспортное, сельскохозяйственное, лесное, горное право, а также законодательство о промышленной собственности, авторское право и международное частное право. Их юридическая судьба пока остается неопределенной, так как процессу правоприменения доктринальная неопределенность не мешает. С другой стороны, во Франции все активнее обсуждается идея формирования хозяйственного права как самостоятельной отрасли. В связи с этим представляется, что судьба так называемых смешанных отраслей может быть решена в рамках данной новой отрасли, как бы терминологически она не была определена – «хозяйственное», «экономическое» право и т. п.

Вторым определяющим компонентом французской правовой системы является своеобразие источников французского права, которая сложилась в виде системы первичных (основных) и вторичных (дополнительных) форм права. Первую группу составляют нормативные акты, принимаемые государственными органами. Ее можно определить как нормативную группу источников французского права. Вторая группа носит доктри-

нальный характер, и сюда традиционно относятся сама доктрина, общие принципы права и судебная практика.

Общий характер всех источников показывает, что французская правовая система не отошла от общесемейных традиций, а привнесла свой особый колорит, определивший специфику источников права всей романо-французской правовой группы стран: Бельгии, Люксембурга, Голландии, Италии, Португалии и Испании.

В ряду первичных источников основное место занимает закон. Природа данного источника права неоднородна. На высшей ступени в иерархии французского права находится Конституция Французской Республики, которая и определяет характер законов, принимаемых парламентом. Статья 34 Конституции обозначила круг вопросов, по которым могут быть приняты законы. Данный перечень законодательных полномочий парламента является исчерпывающим и расширительному толкованию не подлежит. В связи с этим, французские законы хотя и занимают важное место в ряду основных источников, но сфера регулирования ими общественных отношений ограничена. Это обстоятельство дает повод считать, что якобы Конституция 1958 года, изменив классическое разделение полномочий парламента между законодательной и исполнительной властями, ограничила сферу законодательной деятельности, расширив при этом компетенцию правительственной власти и действия ее актов. Хочется не согласиться с такой позицией, по сути дела сужающей значение закона в системе источников французского права. Во-первых, анализ статьи 34 Конституции показывает, что круг вопросов, регулируемых законодательной властью достаточно широк – от установления гарантий, предоставляемых гражданам для осуществления публичных свобод, до определения финансовых доходов и расходов. Кроме того, формулировки данной статьи довольно абстрактны, что приводит к широкому толкованию понятий типа «частно-имущественные отношения», «гражданское состояние», «уголовное судопроизводство» и т.д.

Во-вторых, не ставится под сомнение широкое регулятивное значение традиционных кодексов, принятых еще в так называемую «законодательную эпоху», и измененных целым рядом законодательных положений, принятых тем же парламентом. Нужно заметить, что кодифицированные акты в системе французских источников права занимают основное место как по удельному весу, так и по регулятивному значению. Авторитет «старых» кодексов не оспаривается даже сторонниками новых кодификаций. Начавшаяся еще в 50-х годах кодификация завершилась по сути дела объе-

динением накопившихся нормативных актов. Появившиеся в результате данной работы кодексы считаются во Франции документами консолидационного характера.

Большое значение в системе французских законов имеют международные договоры. В Конституции им посвящен целый раздел «О международных договорах и соглашениях». Статья 55 устанавливает, что международные договоры и соглашения имеют силу, превышающую силу внутренних законов, правда, при условии применения такого договора другой стороной. Эта особенность отличает французскую правовую систему от многих стран континентального типа, и в частности, от Германии, где таким приоритетом обладают лишь общие принципы международного права.

К числу основных источников относятся акты исполнительной власти. Их роль и значение также отличают французскую правовую систему от других систем романо-германского права. Конституция 1958 года действительно расширила сферу нормативных полномочий регламентарной власти. Формы актов, издаваемых исполнительной властью, достаточно разнообразны. Основными из них являются ордонансы, декреты, решения, постановления и инструкции. Внедряются также своеобразные источники, которые не характерны для многих других континентальных систем – циркуляры и уведомления. Данные формы – продукт исторического развития нормотворчества Франции, от которого традиционная система источников отказываться не собирается.

Французское право признает наличие автономной законодательно-регламентарной власти, которая вправе издавать свои акты не только во исполнение, но и в дополнение к закону. Данной практики не существует в других континентальных системах, и в частности, в Германии, где практика принятия законов-декретов запрещена.

Внутренняя иерархия актов исполнительной власти строится по принципу конституционной соподчиненности исполнительных органов. Так, Президент Франции не только сам издает ряд документов, но и подписывает ордонансы и декреты, принятые Советом министров, а также обладает правом законодательной инициативы и полномочием промульгирования законов. Соответствующими нормотворческими полномочиями обладает и Правительство Франции.

Своеобразное нормотворческое положение занимает Государственный совет, который одновременно является консультативным органом правительства и входит в систему административной юстиции, рассматривая кассационные и апелляционные жалобы на решения учреждений ад-

министративной юстиции, в том числе и на акты, издаваемые Президентом и Правительством. Такое положение Государственного совета обусловлено значением судебной практики как источника права, которую французская доктрина относит к числу вспомогательных источников. В условиях французской правовой системы скорее нужно говорить не о судебной практике как форме национального права, а о кассационном прецеденте, теория которого достаточно слабо разработана национальной школой, а практика применения достаточно широка. Юридически роль судебных органов Франции в сфере нормотворчества достаточно ограничена. Некоторые законодательные акты прямо запрещают судьям выносить решения общенормативного характера (например, статья 5 французского Гражданского кодекса). Фактически же роль французской судебной практики достаточно велика. Но речь идет лишь о постановлениях Кассационного суда и Государственного совета Франции. Данные, если так можно сказать, «прецедентные акты» используются даже в практике других стран, следующих французской модели правового развития.

Постановления Кассационного суда выносятся его палатами, которых сегодня насчитывается 6 (5 по гражданским делам и 1 по уголовным), а также Пленумом. Палаты могут заседать раздельно и в смешанном варианте, то есть с участием представителей всех палат. Юридическая значимость принимаемых решений от формы заседания не зависит. Все Постановления одинаково обязательны для нижестоящих судов. Конечно, решения принятые Пленумом более значимы для правоприменителя, так как они изначально планируются к применению как акты обобщающего характера и к тому же принимаемые по наиболее принципиальным вопросам общественной жизни.

Решения Государственного совета имеют меньшее нормативное значение из-за узкого круга рассматриваемых дел, отграничить которые от предмета ведения общего судопроизводства достаточно трудно. Большим нормативным авторитетом обладают в этом случае решения Суда по конфликтам, который всякий раз образуется из равного количества судей Кассационного суда и членов секции по рассмотрению споров Государственного совета.

Таким образом, французская судебная практика, а точнее решения, вынесенные соответствующими судебными инстанциями, пользуются в правовой системе определенным авторитетом, определяющим постепенное признание прецедентной основы ряда выносимых судебных решений. Сегодня трудно говорить о перспективах такого развития рассматриваемого

источника права Франции. Национальные формы права развиваются в единой системе, вне которой не может существовать ни один из источников, каким бы значимым по авторитету правоприменения он не был. На судебную практику в системе вспомогательных источников большое влияние оказывают и так называемые общие принципы права, которые носят во французской правовой системе ярко выраженный отраслевой характер. Отраслевая ориентированность данного вида источников обусловлена отсутствием в системе основных кодифицированных форм права обобщающих положений, распространяющих свое действие на весь спектр регулируемых отношений. Как правило, такие положения носят не отраслевой, а общеправовой характер. Данную роль выполняют, например, в немецком праве Общие части Германского гражданского Уложения и Германского торгового Уложения. Традиции французской правовой системы несколько иные. Здесь более распространены общие принципы права, не закрепленные законом. По этой причине сами французские исследователи заявляют, что французское право нетождественно французскому закону. Чаще всего, показывая роль общих принципов права, не закрепленных законом, специалисты ссылаются на общие принципы административного права, которые применяются в публичных отношениях. Мы уже отмечали, что данная отрасль права достаточно развита в правовой системе Франции как в содержательном, так и в юридико-техническом плане. Вместе с тем, оставаясь по сути дела некодифицированной, административная отрасль лишена возможности нормативно закреплять общие принципы публичных отношений, и, таким образом, данный источник существует лишь на доктринальном уровне.

Общие принципы права исторически были заложены римским правом. Как никакой другой источник данная форма осталась неизменной как по содержанию, так и по форме. Даже французская правовая система, выступившая новатором в реформировании римских норм, не смогла изменить удачные положения общих принципов, обусловленные объективной логикой общественного развития и взаимоотношений между субъектами права. Сегодня можно сказать, что рассматриваемый источник не отличается чем-то особенным от аналогичных форм права других романо-германских системах. Эта форма носит интернациональный характер и, более того, присуща странам прецедентного права. Правда, там он выглядит несколько иначе по форме, называясь либо разумом судьи, либо доктриной. В целом же, рассмотренный источник играет основную роль в жизни современных правовых систем, так как их интегрирование в про-

цессе глобализации происходит изначально через объединение общих правовых констант, или, как их определил Р. Давид, «постоянных величин» в праве. Представляется, что в связи с этим задача современных компаративистов – правильно определить функциональное место общих принципов права в общем интеграционном процессе. В противном случае, право так и будет следовать за интеграцией, происходящей во всех других сферах общественной жизни, не влияя на создание новых политических образований и сообществ. Думается, что правовая наука Франции справится с новой задачей, как это она успешно сделала в свое время, применяя старый римский опыт к новым формам общежития.

И, наконец, еще один источник французского права – обычай, который занимает здесь своеобразное положение. Его трудно отнести к какой-то одной из двух групп источников. С одной стороны, он достаточно часто применяется в правовой системе, с другой – его юридическая сила зависит от характера законодательной отсылки. Трудно сказать, есть ли во Франции обычай, применяемый именно как обычай, либо от него осталось лишь одно законодательное упоминание, определяющее его в виде соответствующей нормы, исходящей от публичных властей.

В реальной действительности роль французских правовых обычаев в значительной степени нивелировалась законодательной формой нормативного регулирования. Современный обычай – это уже не тот всеобъемлющий и авторитетный регулятор местного или торгового происхождения, который сразу же брался на вооружение местными правоприменителями. Его место во многих сферах правового регулирования занял закон как основной источник современного права Франции. Но эти сферы не свободны и от воздействия обычно-правового способа регулирования, особенно там, где отрасли законодательства являются некодифицированными. В результате, в отраслях, где сложились кодексы, обычаи постепенно вошли в систему законодательных норм и уже перестали восприниматься как обычные формы. В тех же отраслях, как например, в сфере коммерческого или трудового права, где нет кодифицированных актов, обычаи продолжают активно применяться.

Наибольшее распространение во французской правовой системе получил обычай *secundum legem* (в дополнение к закону), который, по сути дела, не дополняет закон, а толкует его. Термин «*secundum legem*» просто сохраняет свое старое традиционное название, когда закон действительно дополнялся положениями обычая. Толковательная сфера действия обычных норм также сегодня значительно сужена. Их роль сводится к опреде-

лению частных случаев конкретизации поступков лица, в тех или иных условиях. Иногда к помощи обычая прибегают и в более принципиальных ситуациях, когда, например, требуется определить, исходя из обычных условий, режим семейного имущества или установить моральные основания признания или непризнания за лицом определенных прав. Но в любом случае обычно-правовая норма будет носить уточняющее, конкретизирующее для той или иной ситуации значение.

Что касается двух других групп обычаев – *praeter legem* (кроме закона) и *adversus legem* (против закона), то их сфера действия практически сведена на нет. И хотя применение данных разновидностей доктринально не исключается, первенство в правоприменении принадлежит закону, позволяющему благодаря своей абстрактной форме подвести под действие нормативного акта неопределенное число самых разнообразных случаев.

Еще одним компонентом, характеризующим положение французской правовой системы в романо-германской формально-правовой общности, является нормативное своеобразие французского права. Данного рода национально-специфические особенности заключаются в характере толкования норм и степени их конкретизации в отличие от общесемейных традиций.

Французский судья достаточно широко толкует правовые нормы. Так называемая расширительная практика нормативного толкования приводит к тому, что правоприменитель очень часто наполняет принятую в употреблении терминологию необоснованно широким содержанием. Это нередко приводит к отрицанию нормативного регулирования, когда судьи вначале находят справедливое основание в деле, а затем уже соответствующую норму, используя все ту же технику широкого толкования.

Сложившиеся подходы нормативного толкования во многом определяются тем, что французская норма более абстрактна, чем, скажем, немецкая. Конечно же, эта степень абстрактности не выходит за рамки сложившихся общесемейных подходов. Континентальная правовая норма воспринимается как модель, занимающая промежуточное положение между юридическим казусом и общим принципом права. Эта нормативная черта абстрактности присуща всем правовым системам романского права. Французская норма принимает более абстрактный вид, тяготея к общему принципу права. На это норму французского права нацеливают кодексы, стремящиеся определить жизненную ситуацию наиболее общим образом. Иногда абстрактность правила поведения кажется немного искусственной из-за распространенности общеупотребимых терминов. Во Франции не сло-

жилося той пандектної системи права, котра існувала в Німеччині. Французькі норми склалися, опираючись на логіку суспільного розвитку і просвіщений розум Європи. Тому абстрактні норми завжди супроводжували їх ясність, перш за все, для звичайного населення. Простота і абстрактність відрізняють і сучасні форми французьких нормативних правил.

Правовий понятійний фонд французького права не може термінологічно суттєво відрізнятися в порівнянні з правовими мовами інших романо-германських систем. Юрист Франції, знаючий німецьку мову, без зусиль з'ясує значення німецьких правових понять, якщо тільки з тією ж долей конкретики буде підходити до визначень, як це робить німецький юрист. Різниця існує лише в лінгвістичній основі правових термінів. Французька мова, хоча і належить до групи германських мов, все ж має свої історичні особливості мовного сприйняття правових явищ. Велике вплив на французьку мову мала латинська юридична фразеологія. Правда, в останнє часи мова предків-латинців все рідше чується на університетських кафедрах. Але класичні мовні формули, як і правові основи регулювання суспільних відносин, закладені римським правом, продовжують впливати на розвиток понятійно-категоріального апарату французького права.

Тема 2. Англійська правова система

Література

1. Джэнкс, Э. Англійське право / Э. Джэнкс. – М., 1947.
2. Кросс, Р. Прецедент в англійському праві / Р. Кросс. – М.: Прогрес, 1985
3. Богдановська, І.Ю. Закон в англійському праві / І.Ю. Богдановська. – М.: Наука, 1987.
4. Уолкер, Р. Англійська судовий система / Р. Уолкер. – М.: Юрид. література, 1980.
5. Романов, А.І. Правова система Англії / А.І. Романов. – М.: Дело, 2000.
6. Russel, F. English Law and Language / F. Russel, C. Locke. – L., 1993.

Каждая правовая семья представлена группой правовых систем, где обязательно присутствуют системы, обладающие особыми, крайне специфическими признаками. В англосаксонской формально-правовой общности в качестве таких «полюсов» рассматривают английскую правовую систему и правовую систему США. Характер особенностей данных национальных образований и определяет юридические границы англосаксонской семьи. Право США с гибкой и мобильной системой прецедентов, хорошо развитыми систематизированными актами является пределом дозволенной оригинальности в рамках англосаксонской семьи. Консервативное английское право, напротив, представляет собой образец традиционно устоявшихся общесемейных правовых подходов. Но в любом случае взгляд на природу англосаксонского права у юристов обеих правовых систем будет одинаковым. Право – есть продукт разума, результат судейского нормотворчества, воплощение справедливости. Данный тезис неоспорим ни одним из англосаксонских юристов.

Англия является исторической родиной всех правовых систем, образующих современную англосаксонскую правовую общность. Именно здесь закладывалась основа будущего прецедентного права, формировалась доктрина справедливости. Но кажущаяся либеральность английского права не позволила английской нормативной системе выйти за пределы Англии и Уэльса. В период колонизации африканских и азиатских стран, а также американского материка, в эти регионы была привнесена лишь общая модель английского права. Правило, согласно которому английское общее право подлежало применению «в той мере, в какой его нормы соответствовали условиям колоний» (Р. Давид), предоставляло колониям определенную свободу действий в создании национальных прецедентов. Английская доктрина требовала от колониальных правоприменителей лишь одного: использовать судебную практику как средство нормотворчества, руководствуясь при вынесении судебных решений идеей справедливости. В результате, на территории английских колоний никогда широко не применялись нормы общего права Англии. Правда, колониям не была предоставлена и полная правовая автономия. Английский парламент принимал законы, которые были обязательны для исполнения в силу прямого указания об этом законе. Но поскольку согласно традиционному англосаксонскому правилу закон должен был обрести свое судебное выражение, колониальные судьи в выносимых решениях до неузнаваемости изменяли нормы закона. Таким образом, правовая связь колоний с Англией была очень не-

прочной, в результате чего мы имеем парадоксальную ситуацию, при которой английская правовая система, оказавшая колоссальное влияние на развитие правовых систем мира, сама оказалась ограниченной территорией отдельных графств с населением чуть более миллиона человек.

Общесемейные традиции, сформированные самой же английской правовой системой, отразились на всех элементах, составляющих ее формально-правовую общность – источниках и системе права, нормативно-прецедентной основе и правовом понятийно-категориальном аппарате. Историческая эволюция данных звеньев определила специфику национально-государственного восприятия определенных элементов Англией и Уэльсом. Кроме того, к британской правовой группе кроме названных территорий относятся Северная Ирландия, Шотландия и ряд прилегающих островов, что также вносит свой колорит в правовую палитру жизни англосаксонского общества.

Система традиционных для английской правовой системы источников права, венчается судебным прецедентом, который в английской правовой системе заполняет всю сферу судебной практики, не выделяя, таким образом, ее как самостоятельный источник права, считающийся таковым в некоторых правовых системах англосаксонского типа. Объективные условия интегрирования прецедента и судебной практики определяют единство этих явлений в Англии, выступающих в некоторых других англосаксонских правовых системах как форма и содержание.

Судебный прецедент – продукт судейского нормотворчества. Но правом создания прецедентных норм в Англии обладают лишь три высших суда – Суд Короны, Высокий суд и Апелляционный суд. Своеобразное положение в плане выработки судебных прецедентов занимают Апелляционный комитет Палаты лордов и Судебный комитет Тайного Совета. Палата лордов формирует прецедентное право не путем вынесения решений, а в форме закрепления традиций, определяемых в ходе самого слушания дела. Поэтому здесь важное значение приобретает мнение каждого судьи в отдельности. Судебный комитет Тайного Совета также создает прецеденты не путем вынесения решений по жалобам на вердикты низших судов, а с помощью высказывания судьями Палаты лордов своих мнений, закрепляемых в форме рекомендаций Суду Короны.

Три другие традиционные судебные инстанции выносят свои решения, специализируясь на определенных категориях дел, и доводят принятые документы до заинтересованных судебных инстанций и судей.

Такая развитая система прецедентного нормотворчества подтверждает факт особой интегрированности самой деятельности и результатов деятельности судебных инстанций, дающих в итоге единую форму английского права – судебный прецедент, объективированный в судебной практике.

Но основной проблемой английского прецедента является не определение его субстанционального значения по отношению к судебной практике, а определение содержания прецедента и принципов его применения в судебно-нормотворческой практике.

В одном случае прецедент понимается как принцип разрешения дела по существу, изложенный в судебном решении, в другом – как «создание права судом посредством признания и применения новых норм в процессе отправления правосудия», в третьем – и вовсе как судебное решение. Такое расхождение в оценке понятия английского судебного прецедента объясняется разницей в подходах определения понятия основного источника английского права. Страны, признавшие таковым судебную практику, стоят на позициях того, что прецедент – это путь, по которому идет правоприменитель в разрешении дела. Другие страны, признающие основным источником английского права сам прецедент, говорят о нем как о принципе разрешения спора по существу, что просто оформляется в судебных решениях, имеющих не большее значение, чем любой другой юридический акт.

Обратимся к реальной практике формирования судебного прецедента в Англии. В результате деятельности английских судов в общей сложности лишь половина из вынесенных решений содержит прецеденты, которые подлежат опубликованию. Так, Палата лордов, по подсчетам отдельных исследователей, публикует лишь 75 % своих решений, Апелляционный суд – 25 %, а Высокий суд – всего 10 %. Значит, формируя прецедент, судебные инстанции заботятся не о формальной стороне вынесенных решений, а о типичности, всеобщности правил, которые они и доводят до сведения правоприменителей. Таким образом, судебный прецедент – это не любое решение высшего суда, а лишь то, которое содержит правило, желаемое для применения в дальнейшем. Такое желание может опираться либо на властный авторитет, либо на правильность и справедливость принятого решения. Преобладает второе основание, при котором устойчивый характер ситуации рассматривается как заданный вариант поведения для всех последующих типичных случаев.

Таким образом, **судебный прецедент** английского права можно определить как *принцип разрешения дела по существу, изложенный в судебном решении, вынесенном в процессе отправления правосудия.*

Другим немаловажным источником английского права является закон. Отдельные исследователи приходят к выводу о том, что данная форма права является, чуть ли не определяющей всю иерархию источников английского права. Причем, это утверждение базируется на объективных тенденциях, проявляющихся в последнее время в правовой системе Англии.

Наиболее яркой тенденцией является процесс систематизации законодательных актов, проводимый в Великобритании. Еще в 1965 году была создана так называемая «Правовая комиссия для Англии», цель деятельности которой состояла в подготовке проектов законодательных актов консолидированного характера. В настоящее время одновременно с Правовой комиссией работает ряд комитетов и королевских комиссий по систематизации уголовного и гражданского законодательства. Результатом данных работ стало принятие крупных консолидированных актов, регулирующих основную часть традиционных правоотношений. К числу таких актов можно отнести Законы об уголовном праве 1967 и 1977 годов, Закон об имущественных отношениях супругов 1973 года, Закон о компаниях 1985 года, Закон о судах и юридических учреждениях 1990 года, Закон о наказаниях 1997 года, Закон об отправлении правосудия 1985 года, и т.д. Практически все сферы правового регулирования были охвачены систематизацией. Но ни одна отрасль национального права Англии так и не была кодифицирована.

Поскольку английское право традиционно остается правом судебной практики, то и систематизация, проводимая в Великобритании, не могла пойти далее принятия консолидированных актов и одновременно публикации новой серии «Law of England».

Система английского законодательства развивается одновременно с судебной практикой и параллельно ей. Если мы проанализируем характер принятых законодательных актов, то увидим, что основная их масса посвящена регулированию вопросов, которые с точки зрения континентального юриста не могут составлять предмет законодательного ведения. Они должны регулироваться актами ведомственного нормотворчества. В Англии сферы социального обеспечения, вопросы здравоохранения и образования, трудовые вопросы традиционно регулируются посредством закона. Наиболее схожей сферой законодательного воздействия в континентальной Европе и Англии является административная область общественных отношений (law of administration), где реализуются полномочия власти. Но и здесь, согласно английской практике, основное значение принадлежит актам, регулирующим частные вопросы содействия отправлению

правосудия – Закон об общественном порядке 1986 года, Закон о контроле над загрязнением окружающей среды 1974 года, Закон о доказательствах 1984 года и т.д.

Таким образом, не отрицая роль английского закона, нужно заметить, что данная форма правового регулирования является не свойственной для традиционного английского права и существует достаточно автономно, формируясь и трансформируясь по мере появления и изменения новых явлений, определяющих оперативное вмешательство законодателя в ход социальных процессов. В остальном традиционные сферы английской правовой системы регулируются устоявшейся системой прецедентного права, заложившей основы правовой жизнедеятельности не только английского, но и всего англосаксонского права.

Другой тенденцией в развитии современного английского законодательства является активизация роли и значения для правовой системы Англии актов, принимаемых Европейским Союзом (ЕС). Отдельные авторы даже заявляют о том, что с 1973 года все английские законы подразделяются на два вида – акты, принимаемые парламентом (традиционное законодательство) и акты, принимаемые Европейским Союзом. Несомненно, европейское законодательство оказало большое влияние на внутригосударственные правовые регуляторы. В частности, вступление Великобритании в ЕС определило проведение национальных реформ, связанных с изменением действующих законов, так как необходимо было инкорпорировать законы, регламенты и декреты, действующие в сфере регулирования «Общего рынка». Но эта реформа коснулась больше технических правил, в особенности толкования европейского и соответствующего ему национального законодательства. При этом правовые стереотипы в позиции судей на такие толкования, как и на сам закон, остались неизменными.

После вступления Великобритании в «Общий рынок» в национальной правовой системе активизировалась деятельность по толкованию законодательства ЕС. Но в отличие от континентальных приемов, использующих целевой подход при толковании духа закона, английский парламент, и тем более суды, большее внимание обращали на букву закона, учитывая нюансы и конкретные условия правоприменительной практики. В связи с этим особый интерес у английских юристов вызвали не директивы и инструкции ЕС, а прецеденты Европейского суда справедливости, тем более что требование учитывать данные акты было заложено Законом о Европейском Союзе 1972 года.

В целом, положение законодательства ЕС в английской правовой системе ничем не отличается от аналогичных по форме национальных актов, которые применяются путем судебской апробации и соответствуют одной из трех групп законов: дополняющие, уточняющие и подкрепляющие судебные решения.

В правовой системе Англии широко распространена практика толкования статутов. Возможно, по этой причине толкуемые акты так хорошо приживались в колониях и считались, чуть ли не их национальным достоянием. Практика толкования основана на так называемых презумпциях судебного толкования. К их числу относятся наиболее применимые: презумпция запрета фундаментальных изменений общего права; презумпция против сужения юрисдикции суда; презумпция против произвола и злоупотребления властью; презумпция против вмешательства в законные субъективные права граждан; презумпция против установления уголовной ответственности без вины. В английской правовой системе презумпции считаются основными принципами, которыми суд должен руководствоваться при толковании всех статутов.

В процессе толкования используются и определенные технико-процессуальные правила. Первое из них так называемое «literal rule» (правило буквального толкования), смысл которого вытекает из самого названия. Большое значение при буквальном толковании имеет Закон о толковании статутов 1978 года, который содержит разъяснение многих элементов понятийно-категориального аппарата, используемого в правоприменительной практике.

Следующее правило толкования статутов носит название Golden Rule («золотое правило»). Этот прием предполагает выбор истинного значения слов и терминов, которые могут пониматься неоднозначно. Golden Rule было сформулировано в деле Grey v. Pearson (1857 г.) в следующем нормативном виде: «Грамматическому и общепринятому пониманию слов закона надо следовать до тех пор, пока это не приведет к абсурду, или к противоположному смыслу, или к явному несоответствию с основной частью документа. Если это происходит, грамматическое и общепринятое употребление слов закона может быть подвергнуто некоторой модификации с тем, чтобы избежать абсурда, противоположного смысла или несоответствия закону в целом, но не более того» [6, С. 64].

Еще одно распространенное правило толкования было сформулировано в 1584 году и употреблялось под названием «правило Хейдера». В сокращенном варианте оно звучит, как правило Mischief Rule («устранение

зла»), и ориентирует правоприменителя на сравнение старого и нового типов закона, с тем чтобы выяснить, какое «зло» хотел устранить законодатель, принимая новый закон взамен старого.

Названные толковательные правила показывают значение судебной практики в процессе исполнения статута. Ведь по сути дела толкование законодательных норм в Англии носит в основном судебный характер и нацеливает на признание приоритетности решения суда перед мнением законодателя при всей кажущейся согласованности позиций этих субъектов нормотворчества.

Практика законодательного регулирования традиционных отношений свойственна и другим правовым системам британской группы. Но отмеченные особенности характерны в первую очередь для английской правовой системы, что и составляет содержание национально-специфических черт источников английского права.

Еще одной из наиболее развитых в Англии и Уэллсе форм традиционного права является обычай. Данный источник по своим технико-юридическим характеристикам мало чем отличается от общесемейного понимания *custom*. Но иногда конкретика английского обычая обнаруживает такие его свойства, которые носят исключительно английский характер.

Особая роль в системе традиционных обычаев Англии принадлежит конституционным и торговым обычаям. Такая роль в данных сферах правового регулирования характерна именно для английских *customs*. Значение конституционного обычая определяется традициями конституционной практики, не имеющей кодифицированной конституции. Сама основа конституционного права Англии сложилась посредством обычаев, определивших характер современных норм о конституционном статусе монарха, суверенитете парламента, о правотворческой деятельности судов, а также большую часть парламентских процедур. Конституционные обычаи в Англии обладают большой юридической силой. Достаточно вспомнить практику отставки премьер-министра, реализуемую палатами парламента, которая не может быть изменена никаким законом и даже прецедентом. Конечно, это не означает, что судебный прецедент или статут ставятся под сомнение в плане преимущества их юридической силы перед всеми другим источниками. Просто данные формы не станут вмешиваться в ту сферу, которая традиционно регулируется нормами конституционных обычаев.

Английский торговый обычай вышел из общей системы древних обычаев и приобрел отличительные признаки. Под торговым обычаем Англии понимается сегодня такое правило поведения, которое настолько известно в

практике торгового оборота, что считается частью заключенного договора, если правда сами стороны в явной форме не исключают положения обычая из своего соглашения. К торговому обычаю не применяются, таким образом, требования по «незапамятности происхождения», непрерывности действия, разумности и т.д. Даже само название в отличие от традиционного обычая, именуемого *custom*, у торгового обычая другое – «*trade usage*».

Обычай в Англии удерживает прочные позиции среди источников права. Таковую роль данный источник уже давно не выполняет в других правовых системах британской группы. Например, в Шотландии место обычаев все чаще занимают законодательные положения, которые либо издаются собственным парламентом, либо специально для Шотландии английским парламентом. Естественно, что в условиях такой законодательной конкуренции появится обычному праву, и в особенности конституционному, достаточно трудно.

Еще одним традиционным источником английского права является разум. В отличие от общепринятого в англосаксонской правовой семье понимания разума исходя из концепции «*est aliquid rationis*» (право – это прежде всего разум), английский подход состоит в том, что разум – это еще и своеобразное средство распространения англосаксонских традиций среди других правовых систем. Разум, и прежде всего, разум судьи должен не только создать систему норм по принципу самодостаточности для собственной правовой системы, но и сделать национальную модель правовых положений привлекательной для ее рецепции и аккультурации другими правовыми системами. С этой целью, создавая правовые нормы, английские судьи пытаются заложить в каждый прецедент идею всеобщности регулирования отношений. Недаром первичный, и главный до сих пор компонент английского права, носит название «общее право», давшего соответствующее наименование элементам системы национального права всей англосаксонской правовой семьи.

Специфика английского разума, как источника права, состоит еще и в строгом формализме использования этого способа создания английских норм-прецедентов. Во-первых, использование разумных средств создания правовых норм возможно лишь при отсутствии других традиционных источников английского права – судебного прецедента, статута, обычая. Если подходящая норма любого из перечисленных источников существует, а судья выносит решение, основываясь на разуме, то каким бы справедливым с точки зрения судьи не было решение, оно будет считаться неразумным решением с точки зрения принятой доктрины. Во-вторых, в основе

разумного решения спора должен лежать принцип справедливости. Конечно, право не всегда дает идеальные варианты справедливого рассмотрения дела. Согласно английской традиции справедливость является целью реализации правовых норм при отправлении правосудия. К этой цели необходимо стремиться. И если судья, будучи движим иными критериями, вынесет решение без ориентации на справедливость, то его решение также не будет считаться разумным. В-третьих, использование разума при применении права должно проходить с учетом разумных доводов других правоприменителей. Эти доводы, как конкретный элемент правовой доктрины, содержатся в различных источниках – судебных решениях, не являющихся прецедентами, каковыми, например, являются решения Судебного комитета Тайного совета и судебных решениях, которые вынесены в национальных судах других стран, правовые системы которых входят в семью общего права и т.д.

Наиболее авторитетной и часто используемой формой разумных доводов правоприменителей является *obiter dicta* – попутные высказывания судей о праве. Данная форма представляет собой часть судебного решения, в которой судья может отойти от предмета спора и высказать свое мнение по спорным смежным обстоятельствам дела. Естественно, что частное мнение судьи не формирует принципов прецедентного права. Но это мнение может быть положено в основу другого решения судей, воспользовавшимся *obiter dicta*, взятым из старого решения.

Только в совокупности использования всех названных формальных правил можно говорить об использовании разума в качестве источника английского права. Формальная сторона не влияет на качество принимаемых решений, так как субъект правоприменения в процедуре видит не слепое следование формальным правилам, а соответствие исторически сложившемуся, объективно выработанному другими правоприменителями алгоритму справедливого вынесения решения при помощи источника – разума судьи.

Кроме рассмотренных традиционных источников английского права отдельные исследователи говорят еще и о других, не свойственных для англосаксонской формально-правовой общности, формах английского права. В частности, речь идет о каноническом и римском праве.

Каноническое право (*Canon law*) сыграло большую роль в формировании всего европейского права. До сегодняшнего дня мы ощущаем присутствие церковных норм в целом ряде отношений наследственного и брачно-семейного характера. Но непосредственное влияние канонического

права испытали на себе, прежде всего, романо-германские правовые системы. В Англии данное влияние носило опосредованный характер, прежде всего через систему церковных судов, которые в Англии функционировали независимо от Вестминстерских форм правосудия. Поэтому если канонические нормы и присутствуют в системе английского права, то только в традиционных прецедентных формах, являющихся основным источником английского правосудия. То же касается и права справедливости, которое обязано каноническому праву не более чем своим морально-нравственным содержанием.

Влияние на английскую систему права через церковную судебную юрисдикцию оказывало и римское право. В большей степени это коснулось наследственного права. Говорить же о современном влиянии римского права на правовую систему Англии в качестве источника права не представляется уместным.

Вторым комплексным звеном правовой системы Англии является национально-правовая общность системы права, представленная согласно общесемейным традициям двумя элементами – общим правом и правом справедливости, каждое из которых имеет свою специфическую внутрисистемную дифференциацию.

Своеобразие английского common law объясняется влиянием так называемой декларативной теории общего права, суть которой состоит в том, что суд не творит, а «открывает» право подобно объективным законам природы. Идеолог декларативной теории У. Блэкстон сравнивал появление правовых норм с образованием языковых лексических единиц. По его мнению, и право, и язык не могут иметь конкретного авторства, а потому нормы открываются специалистами, а не создаются конкретными судьями. В результате влияния декларативной теории общее право Англии выглядит более независимо от судейского усмотрения, а тем более, от воли законодателя. Оно всегда воспринималось и воспринимается как автономная система объективно сложившихся правил поведения, приводимая в реальное действие судебной властью. Отсюда происходит утверждение, что общее право Англии и Уэльса – это не сами правила поведения, а приемы разрешения возникающих спорных ситуаций.

Определение общего права Англии с технико-юридических позиций имеет свои исторические основания. Но посредством такого определения не может быть дана сущностная характеристика рассматриваемого компонента. Общее право формировалось и функционирует как наиболее значимый нормативный элемент системы права Англии. Судейская ориентация

на прецедентные нормы не исключает обращения к ним всех других субъектов правоотношений. Тем более что современной законодательной системой существующих норм предусмотрено непосредственное использование прецедентных правил, пусть и в форме статутных положений. Достаточно вспомнить английские законы, уточняющие судебные решения. Поэтому современное **общее право Англии** – это *система нормативно обязательных правил поведения, регулирующая отношения всех участников правового общения, включая судебные инстанции, реализующие положения общего права в процессе правоприменения.*

Общее право Англии сформировалось на основе обычных норм, представлявших собой, согласно традициям, стереотипы поведения, выработавшиеся в ходе многократного повторения и вошедшие в поведение людей в обществе.

Современное право Англии – это система материальных и процессуальных норм, сформировавшихся в виде определенных блоков-принципов правового регулирования тех или иных сфер общественной жизни. Согласно устоявшимся критериям в виде классификации норм по отраслям, в Английском материальном праве выделяются публичное, уголовное, гражданское, международное и земельное право. Такое деление носит достаточно условный характер. Так, в традициях Англии под публичным правом рассматривать сферы конституционного и административного регулирования. Иногда сюда относят и элемент финансового права. Термин «гражданское право» в английском понимании более чем условен, так как помимо договорных и деликтных отношений сюда входят корпоративное, коммерческое, трудовое и даже семейное право.

Процессуальное общее право включает элементы гражданского и уголовного процесса, а также нормы административных и арбитражных процедур. Иногда выделяют «право доказательств» как комплексную отрасль норм, относящихся к различным сферам процессуального регулирования. Но выделение данного звена не является обоснованным, так как его нормы входят в названные элементы процессуальной системы английского права.

Вторая составляющая системы английского права – equity law также обладает своим своеобразием по сравнению с общесемейным пониманием данного звена правового регулирования. Основной отличительной чертой equity law является его морально-нравственная ориентированность в понимании поступков субъектов правоотношения. В ряду критериев определения данной специфики права справедливости выделяют так называемые

«максимы» или принципы формирования соответствующих норм и практики их применения. К числу таких «максим» относят следующие положения: «право справедливости в первую очередь интересуется намерениями, а не действиями»; «при обращении к праву справедливости сам должен быть справедливым»; «справедливость – это равенство» и т.д. Морально-нравственная сторона оценки и применения норм справедливости реализуется уже в процессе самого судебного разбирательства, тогда как общие нормы – это исторически сформировавшаяся данность. Таким образом, можно сказать, что **право справедливости – это система принципов применения норм общего права**. Английские юристы отмечали: если бы не было equity law, то в условиях Нового времени не сохранилось бы и common law. С другой стороны, право справедливости не имело бы того значения, которое оно приобрело за последние столетия, если бы не богатое нормативное содержание общего английского права.

Регулятивная сфера действия норм справедливости также достаточно широка, как и предмет регулирования общих норм. Но особый интерес рассматриваемые нормы проявляют к сфере имущественных отношений. Нормы справедливости широко представлены в обязательственном и земельном праве, в сфере регулирования собственности и трастовых отношений. Причина данной регулятивной избирательности заключается в желании справедливости «поправить» несправедливые с ее точки зрения положение дел в указанных сферах. Отношения собственности всегда лежали в основе регулирования всех других отношений. Обязательственное право по своей природе не могло удовлетворять интересы и претензии всех сторон – и управомоченных, и обязанных. Земельная сфера постоянно выступала объектом деления правомочий на предмет недвижимости и т.д. Нужно отметить, что и в других сферах правового регулирования право справедливости нашло свое достойное место. Но его роль сводилась к нормативно-нравственному обслуживанию принимаемых решений.

Вместе с тем, положения справедливости не лишены и формальных подходов к оценке выносимых вердиктов. Так, одна из аксиом права справедливости гласит: *«там, где существует два справедливых решения, приоритет принадлежит первому»*. Другая «максима» определяет судебную защиту в деле как основание для аннулирования справедливости. Данные подходы, конечно же, не ставят под сомнение значимость справедливых подходов в разрешении правовых проблем, но указывают на определенную тенденцию к юридической формализации порядка правоприменения.

Не смотря на самостоятельное значение права справедливости, оно все же следует общему праву. Одна из «максим» определяет это требование, говоря о том, что *equity follows the law* (справедливость следует за законом). Под законом в данном случае понимается не статутное право, а нормы справедливости. Статутный элемент рассматривается в качестве ориентира для права справедливости, если тот содержит положения, уточняющие или дополняющие прецедентные нормы общего права. С другой стороны, и общее право не должно противоречить праву справедливости. Одна из «максим» формулирует требование, согласно которому «общее право должно применяться справедливо».

Некоторые исследователи, определяя структуру английского права, наряду с *common law* и *equity law*, включают еще и право международных отношений, рассматривая его как «международное публичное право».

Данное нормативное звено, относимое некоторыми авторами к элементам структуры английского права, на наш взгляд, не может рассматриваться в качестве компонента национального права. Компаративисты очень часто, оперируя с элементом наднациональности в правовой сфере, забывают о природе национальной юрисдикции, которая не может распространять свое действие на область исключительной компетенции международных норм. Общая сфера международно-правового регулирования не должна рассматриваться как образование, состоящее из элементов национальных правопорядков, по своему усмотрению определяющих международно-правовой климат. Ратифицируемые и имплементируемые международные нормы могут быть лишь частью отраслевого законодательства, но не образуют при этом отдельного элемента в традиционной системе права. Таким образом, право международных отношений не может рассматриваться как самостоятельное звено системы английского права.

Англия и Уэллс являются исторической родиной еще одного компонента англосаксонской правовой общности – нормативной однотипности ее национальных правовых систем. Большинство компаративистских работ, посвященных нормативной общности англосаксонского права, содержит анализ именно английского судебного прецедента, лежащего в основе однотипности понимания правила поведения как судейского положения, воспринятого из общественной практики.

Судебный прецедент, имея двухзвенную структуру, определяет в качестве нормы лишь ту его часть, которая постановила решение по делу. Данная часть решения суда носит название *ratio decidendi* и в совокупности

со множеством других подобных по форме элементов и составляют нормативную общность английского права.

Сформулированные «идеи – правоположения» носят конкретно-казуальный характер, рассчитанный на данный жизненный случай. Но вместе с тем, типичность и устойчивость возникшей ситуации в будущем определяет императивность казуального судебного правила, сформулированного ранее. Таким образом, в основе нормативной общности английского права лежит все та же устойчивость, закономерность, повторимость общественных отношений, какая свойственна природе любой нормы, независимо от ее семейной принадлежности. Разница состоит лишь в том, что английская норма формируется судьей, а континентальная – законодателем; английское правило поведения оформляется судебным решением, а романское – статутными источниками. Вот почему архаичная с точки зрения европейского юриста английская система прецедентов живуча и устойчива: она по своей логике мало чем отличается от континентальных нормативных правил. Конечно же, полностью отождествлять романскую и англосаксонскую нормы нельзя, так как природа нормативных правил по-разному приспособляется под нужды национальной практики, обусловленной политическими, социальными, экономическими и культурными традициями.

Тема 3. Китайская правовая система

Литература

1. Современное законодательство Китайской Народной Республики. Сборник нормативных актов. – М.: ИКД «Зерцало М», 2004.
2. Современное право Китая. – М.: Наука, 1985.
3. Юридическая жизнь в Китае. – М.: Юридическая литература, 1990.

Правовая система Китая является тем классическим образцом, в котором действие персонального права совпадает с территорией конкретного государства. Она принадлежит к дальневосточной правовой группе, куда входят еще японская, корейская, вьетнамская и монгольская правовые системы. Исторически китайская правовая система приняла на себя роль ведущей, можно сказать, правообразующей системы во всей дальневосточ-

ной группе. Даже Япония, страна достаточно самобытная в правовом плане, испытала на себе сильное влияние китайских правовых традиций.

Китайский правопорядок основан на логичности человеческих поступков, обусловленных естественным характером общественных отношений. В праве Китая существует определенная гармония, основанная на концепции естественного порядка вещей, заложенной традициями либеральной философии конфуцианства. Члены китайского общества – носители конфуцианских традиций законопослушно соблюдают нормы любой правовой системы, независимо от ее семейной принадлежности. Идея космогонизма, достаточно прочно закрепившаяся в конфуцианских традициях, позволяет китайцу реализовывать свой правовой статус повсюду, где «земля и небо подчинены неизменным законам, а люди – хозяева своих поступков».

Но проводить анализ китайского права достаточно непросто, потому как влияние коммунистических идей во многом нивелировало древние китайские традиции, пытаясь выправить космогонический строй китайского общества и изменить правосознание китайца. Современное право Китая – это даже не две параллельно существующие правовые системы традиционного и светского права, а редкий симбиоз религиозного и коммунистического начал, пытающихся проникнуть друг в друга. Марксизм – маоизм, китайский коммунизм – это одновременно и элементы правовой жизни китайского общества. В 1949 году, когда Китай был объявлен Народной Республикой, традиционное право было потеснено решениями собраний народных представителей. И даже изменение общего политического климата в мире кардинально не повлияло на правосознание китайцев. Причина такой восприимчивости идеологических компонентов заложена в самой природе традиционного китайского права, которое является больше идеологией, чем правом.

Основным источником традиционного китайского права считается «И цзин» («Книга перемен»), составленная в I тысячелетии до н.э. Отдельные авторы сравнивают ее с древнеиндийскими Ведами. О данном источнике не принято говорить в правовом значении, так как он изначально предназначался для гаданий, а не для регулирования общественных отношений. «И цзин» представлена 64 гексаграммами, построенными по принципу противоположностей «янь» и «инь», которые оцениваются по-разному – высокое и низкое, небесное и земное, и даже как мужское и женское начала. Каждая гексаграмма включает две так называемые триграммы. Одна определяет внутреннюю жизнь человека, другая – порядок

во внутреннем мире применительно к условиям конкретной жизненной ситуации. Естественно, что в таком виде данный источник не мог восприниматься современными исследователями в качестве формы позитивного права. И потому многие авторы склонны считать источником китайского права конфуцианство, а не «Книгу перемен», воспринимаемую по сей день как гадательную.

Но «И цзин» содержит целый ряд концепций системного характера, выражающих представление китайцев о миропорядке. Идея бесконфликтного общества, адаптация к конфликту, подавление внутренней агрессивности – вот основные константы главного источника традиционного китайского права. Нормативные гексаграммы наподобие «пи чуа» (застой, тупик), «тун Жень» (общность людей) и другие, конечно же, в современном правопонимании выглядят по крайней мере непривычно. Но анализ данной нормативности показывает, что подобно индусским Ведам положения «И цзин» составляют идейную основу традиционного китайского права.

Как и вся система источников религиозно-общинного права, система китайских источников предполагает наличие толковательной формы главной основы традиционных нормативов «Книги перемен». Таким толковательным характером обладает другое собрание – книга своеобразных завещаний философа Кун-Фу-цзы (551 – 479 гг. до н.э.). Известный больше как Конфуций, этот философ составил свод «житейских завещаний» под названием «Лунь юй» («Беседы и суждения»).

До сих пор в отдельных источниках конфуцианство рассматривается как главный религиозно-правовой источник китайского права. На наш взгляд, идеи конфуцианства являются толковательным источником традиционного китайского права. В отличие от Корана или другой священной книги, «Лунь юй» не имеет в понимании населения божественного происхождения. Мало того, насколько еще способно будет развиваться традиционное общество, настолько будут трансформироваться взгляды, предложенные Конфуцием. Так, в свое время последователь Конфуция Сюньдзы вложил в учение идею материализма. Чжуси (XI – XII вв.) разработал учение о двух началах в вещах. Ван Ямин (1478 – 1523 гг.) рассматривал конфуцианство с позиций субъективного идеализма и т.д.

С точки зрения европейского юриста идеи конфуцианской доктрины не имеют ничего общего с правом. Но с таким же успехом мы можем сказать и о том, что право Китая ничего общего не имеет с европейским правом. Действительно, согласно китайской традиции, право – явление, противное естественному порядку вещей. Но такая оценка относится к

светскому праву «фа», санкционированному государством и не имеющему ничего общего с истинным правопониманием гармонии и естественного порядка.

Толковательная логика идей конфуцианства состоит в том, что идейно-философские положения «Книги перемен» были дополнены стройной нормативной концепцией «ли», рассматриваемой даже сегодня в качестве источника традиционного китайского права и одновременно основы китайской юриспруденции. Концепция «ли», в буквальном переводе означающая «правила благопристойности», представляет собой основное нормативное содержание традиционного китайского права. Попытки легистов выстроить альтернативную нормативную систему, так и не увенчались успехом.

Суть концепции «ли» состоит в том что, определяя конкретные правила поведения в обществе, она ставит их на нравственно-этическую основу. Основное правовое содержание в идеях конфуцианства составляют правила «жень» (человеколюбие), «чуж» (преданность государю), «и» (верность долгу), «куань» (великодушие) и другие. Именно они являются основой традиционного китайского права, придерживающегося не формализованных рамок закона, а названных принципов – концепций. Таким образом, можно сказать, что содержание рассматриваемого нормативно-толковательного источника китайского права составляют морально-этические предписания.

Иногда в качестве источника китайского права называют даосизм, ссылаясь на «Дао дэ цзин» («Книгу пути и благодати»), как на формальное закрепление учения о «дао» – человеческом пути. Действительно, даосизм оказал определенное влияние на китайские правовые традиции. Но его роль состояла не в установлении правил поведения китайцев, а в подтверждении конфуцианских идей о всеобщей гармонии и порядке. Даосизм исповедовал идею слияния с природой, но не при помощи активных поступков нормативного характера, а с помощью пассивного поведения. Так называемое «активное бездействие» даосизма не позволило ему обрести нормативную основу, как это произошло с конфуцианской концепцией «ли», включенной в кодексы и иные законы. Поэтому, не отрицая влияния даосизма на формирование традиционного китайского права, мы скорее должны рассматривать данное учение как дополнение к идейной основе традиционного понимания миропорядка, а не как самостоятельное нормативное звено китайского права.

Но идеи конфуцианства могли бы стать не более чем историей философской мысли, если бы активно не были использованы другой группой

источников – обычаем, существующем в виде рит и доктриной в форме соглашения (китайского консенсуса) и справедливости.

Китайские риты определяют правовой статус члена традиционной китайской общины. Основное воздействие они оказывают на сферу регулирования общинных и межобщинных отношений. Конечно, отношения внутри общины регулируются и другими правовыми источниками. Но риты имеют непосредственное нормативное исполнение. Они регулируют сами поступки, устанавливая не желаемую цель поведения, а способы достижения этой цели. Трудно определить, выполняет китаец положения «И цзин» или «Лунь юй». Поступки, совершаемые в рамках космогонических концепций, должны иметь соответствующие нормативные ориентиры, которые являются предметом оценки со стороны органов правоприменения.

В системе китайских обычаев можно выделить три группы рит: регулирующие межличностные отношения; устанавливающие основания и порядок властного подчинения; содержащие процессуально-правовые основания для разрешения различного рода конфликтов. В основе формирования первой группы обычаев лежит общепринятая, достаточно своеобразная модель семьи, которой традиционно должны соответствовать и община, и государство. Причем, риты, устанавливающие семейные правоотношения, реализуются на уровне самоисполнения соответствующих норм. Ни государство, ни община не вмешиваются в естественный порядок. Риты семейного характера переносят свой тип общественного устройства на весь спектр межличностных отношений. Достаточно сказать, что концепция «сяо» (сыновняя почтительность) воспринимается законопослушными китайцами как общее правило поведения в обществе, в частности, по отношению к старшим и начальникам.

Подчинение высшему звену в иерархии власти определяет содержание другой группы китайских рит, устанавливающих характер властного подчинения в китайском обществе. Во многом мы также находим здесь влияние института семьи как модели общественного устройства. Но одновременно это и самостоятельное звено рит, где согласно идее традиционного восприятия подчинения по иерархии уважение к императору или другим органам политической власти предполагает такое же отношение и к простым членам общества. Согласно китайской традиции власти обязаны прежде предупредить, а затем уже наказать. Сама власть, подчиняясь моральным нормам, реализует «ли» в общественной практике. Почитание высших по иерархии заложено в китайских ритах еще конфуцианскими

традициями, согласно которым император обладает некоей силой «дэ» и особой способностью воспитывать и обучать своих подчиненных. Концепции «ян» (воспитание), «хуа» (преобразование), «цзяо» (обучение) находятся в основе рассматриваемой группы китайских рит.

Влияние рит, определяющих иерархию подчинения обнаруживается и в современных формах управления, в частности, регулирующих правовой статус ганьбу (кадровых управленцев). Традиционное подчинение ритам этих субъектов не оспаривалось, а суть нововведений заключалась в усилении подчинения ганьбу новым законам, содержание которых нередко противоречило положениям традиционных рит.

Таким образом, анализируемое звено системы традиционных китайских рит направлено больше на регулирование определенного поведения властей, естественно, при соответствующем подчинении населения, поскольку в противном случае должны применяться уже не традиционные риты, а непопулярные в китайском обществе положения «фа» – сурового и наказующего закона.

С рассмотренной группой рит связана еще одна разновидность обычных норм – направленных на регулирование или, скорее, устранение эксцессов в китайской общине. Данная группа норм носит процессуальный характер, так как эти нормы предусматривают порядок устранения эксцесса и даже самого открытого возмущения. В основе данного процессуального регулирования лежит морально-нравственное требование, запрещающее любые конфликты и возмущения в какой бы то ни было форме. Конечно же, член общины не рассматривается как безвольное существо. Но его возмущение должно быть справедливым и соответствовать положениям традиционного «ли». По этой причине в китайском обществе очень трудно приживались законы, и особенно те, которые устанавливали конституционные права и свободы. Китайцу удобнее подчиниться действующим ритам, чем законам. Возможно поэтому основные права и свободы граждан КНР уместились в одной очень лаконичной статье: «граждане КНР имеют свободу слова, писем, собраний, союзов, уличных шествий и демонстраций» [1, ст. 35]. К тому же, эти свободы провозглашены без обычных для социалистических конституций оговорок об осуществлении таких свобод в интересах социализма. Более того, конституционные нормы Китая создают целый ряд ограничений в реализации данных свобод. Так, критические высказывания разрешаются, лишь при условии отсутствия фальсифицированных фактов. Не допускается месть и давление на людей [1, гл. 41]. Таким образом, даже в конституционных нормах, стоящих на верхней ступени в иерархии китайских законов, проявляет свое влияние традиционная

система китайских рит, запрещающих возмущение и порождение конфликта как в отношениях друг с другом, так и по отношению к властям.

Обычай-риты являются наиболее признаваемыми и исполняемыми источниками традиционного китайского права, так как их содержание более других норм понятно простым китайцам, самостоятельно реализующим данные нормы и самостоятельно оценивающим поведение других членов общины. В такой системе не находится места публичным органам правоприменения, поскольку они не могут давать оценку внутренним мотивам поступков китайца. Система рит – это традиционная система общинного правоприменения, обладающего своими специфическими особенностями и свойствами. Здесь нет места «фа», а потому молчаливые риты охотно приживаются в традиционной среде общественных отношений.

Консенсус (или соглашение) представлен в системе традиционного китайского права как основной доктринальный источник. Данную форму права традиционно определяют с континентальных или англосаксонских позиций, согласно которым соглашение трактуется как обоюдная позиция сторон, порождающая новое правоотношение. Кроме того, в понимании европейского юриста, консенсус – институт процессуального права, нацеленный на примирение сторон по их взаимному согласию.

Но основная идея китайского консенсуса как формы традиционного права состоит в том, чтобы не дать сторонам, находящимся в предсудебном состоянии спора, разрешить данный конфликт по существу при помощи «фа». Законопослушный китаец – не тот, кто подчиняется судебному вердикту, а тот, кто не доводит свое спорное намерение до вынесения вердикта. Конечно, это не означает, что в Китае не выносят судебных решений. Идея соглашения ограничивает намерения китайцев обращаться к жестким решениям законов. До сих пор в системе национального правоприменения Китая существуют примирительные комиссии, задача которых – помогать гражданам разрешать их споры. При этом комиссии не применяют никаких принудительных мер. Главное, чем они руководствуются в примирении сторон – убеждение и разъяснение. В компетенцию примирительных комиссий входят не только гражданские дела, но и мелкие уголовные.

Консенсус является формой существования китайской доктрины, основанной на высказывании Конфуция: «Когда я выношу решение по спорному вопросу, я не могу вести себя, как ведет другой. Я предпочитаю предотвратить спорные вопросы». Этим заложена и сама идея соглашения как источника традиционного китайского права, и принцип традиционного судопроизводства.

Консенсус – достаточно оригинальный источник. С одной стороны, в нем заложена возможность правового разрешения возникшего спора, где арбитрами выступают специалисты, с другой – сосредоточен весь нигилизм китайского отношения к праву. В этом двойственном характере консенсуса проявляется исторический дух китайского правопонимания с его бесконфликтностью и гармонией человеческих поступков, где идея соглашения – это одновременно и правовой, и социальный институт традиционного китайского общества.

Об идее соглашения можно говорить как об аналогии разума судьи – формы, используемой в англосаксонских правовых системах. Но в отличие от прецедентных форм, консенсус – это форма «до правоприменительного» уровня и значения. Она рассматривается как правовая форма внеправового решения, когда в основе устранения конфликта лежит не норма права, а отказ от ее применения. В этом принципиальное отличие консенсуса от других традиционных источников, которые ориентируют на применение необходимой нормы, пусть даже и религиозного характера.

Консенсус задает алгоритм действий правоприменителю, который может применить или не применить правовую норму. Консенсус может свести на нет необходимость использования законодательных форм, что в принципе часто происходит в правоприменительной практике Китая. Но такая роль рассматриваемой формы не умаляет значения религиозных источников, так как даже сам отказ от применения норм уже есть реализация положений либо «И цзин», либо «Лунь юй».

Помимо консенсуса китайская практика активно использует и другой доктринальный источник – справедливость, которая в отличие от европейских традиций воспринимается не как принцип, а как форма права. Справедливость – источник нормативного применения, что отличает ее от идеи соглашения. Эта форма используется при конкретном нормативно-правовом регулировании конфликта, который не прекратился и, войдя в стадию судебного разбирательства, должен завершиться вынесением соответствующего решения.

В основе китайской справедливости лежит конфуцианская концепция «куань» (великодушие), которую мы можем встретить во многих сферах общественной жизни. Согласно традиционному правопониманию, справедливость строится на соблюдении устоявшихся принципов морали и нравственности. Поэтому не закон лежит в основе справедливого разрешения спора, а традиции, сложившиеся в китайском обществе.

Иногда применение идеи справедливости называют «саморазрешением конфликтов», ссылаясь на то, что в государственных судах, в частно-

сти еще императорского Китая, рассматривалась лишь небольшая часть дел, а основные иски относились к ведению местных общин, которые и примиряли спорящих, исходя из традиционных правил поведения с учетом общественного положения сторон. Такая формулировка самореализующихся конфликтов сужает понимание самой идеи справедливости. Данный источник права носит всеобщий характер и одинаково применяется в регулировании отношений как внутри китайской общины, так и на любом другом уровне традиционных отношений. Тот факт, что спорящие могут обращаться к арбитру или в государственный суд еще не свидетельствует о разном характере этого источника. В противном случае сама идея справедливости потеряла бы всякий смысл, а религиозные источники остались бы памятником философской мысли Китая.

Идея справедливости как доктринально-правовой источник сравнительно слабо развита в других правовых системах Дальнего Востока. Этот источник, как мы указали, является прямым продолжением одной из концепций конфуцианства – «куань». Идея справедливости во многих дальневосточных правовых системах сильно деформировалась, а в отдельных странах, как, например, в Монголии, и вовсе перестала применяться. Таким образом, эта доктрина является специфической чертой китайской правовой системы.

Следующим источником китайского права признается закон или как он определяется в традиционном правопонимании – «фа». Отношение к традиционному закону в китайском обществе неоднозначно. Так существует мнение о том, что управление посредством законов и приказов – это управление с помощью орудий зла. Другая позиция прямо противоположна: закон, даже несправедливый, лучше беззакония. Представляется, что такая диаметрально противоположная позиция обусловлена неоднородностью рассматриваемого источника права. Дело в том, что традиционное «фа», как принцип оперативного государственного управления, был модифицирован новыми традициями сложившегося законодательства. В этом смысле нужно различать «фа» как традиционную форму законодательного регулирования и как новый элемент государственного правотворчества. В последнем случае «фа» определяется как система современных общеобязательных формально-определенных норм, которые выступают в качестве государственно-властного критерия правомерного и неправомерного поведения и поддерживаются принудительной силой государства. По сути дела, данное определение современного китайского закона дано с позиций европейского континентального понимания права.

Традиционное «фа» и его другая – законодательная форма действуют как общее и особенное для правоприменителя и для прочих субъектов правоотношений. «Фа» как бы легализует применение всех новых законов, которые в понимании китайцев содержат образцы поведения. Закон в основном должен упреждать, а не регулировать поведение людей. Поэтому большое количество китайских законов содержит суровые санкции.

О существовании параллельных форм традиционных и новых законов не раз говорили как о положительной тенденции правопреемства.

Следующим элементом китайской правовой общности является система действующего права, представленная элементами общерелигиозного права, права общин и управленческого права.

Общерелигиозный компонент достаточно широк по своему нормативному объему. Он состоит из множества концепций, содержащихся между «янь» и «инь». Более конкретным содержанием общерелигиозное китайское право было наполнено учением Конфуция, придавшим толковательное значение гексаграммическим началам.

В основе конфуцианской нормативности было положено два традиционных начала правового регулирования – «ли», предполагающее ритуально-обрядовое выполнение правил благопристойности и «фа» – система законов, несущих наказующее начало в форме жестких норм. Эти компоненты общерелигиозного права регулируют поступки всех членов традиционной китайской общины, которые могут при определенных условиях и обстоятельствах их поведения делиться на «узюнь цзы» (благородных людей) и «сяо жень» (ничтожных людей). Таким образом, персональный статус лица не имеет значения для действия общерелигиозных норм.

В «Лунь юй» выработана целая система требований к благородным людям и людям низкого морального сословия. Так, основным критерием благородного лица является человечность. Реализация начал устремленности к человечности освобождает людей от всего дурного. Также определяются и требования к «узюнь цзы»: не стыдиться того, что плохо ешь и одеваешься, главное – устремление в путь; избегать выгоды, которая лишь множит злобу и т.д. В конфуцианстве сформулирована и нормативная сторона общих поступков, построенных на противопоставлении дурного и доброго: три полезных друга и три вредных друга, обозначаемых соответственно чистосердечным, справедливым, знающим другом и льстивым, двуличным и подхалимным другом ; три полезных и три вредных радости и т.п. Данные идеи представляют собой нормативную сторону общерелигиозного звена традиционного китайского права. Основное их назначение – в стрем-

лении к обретению статуса «уэюнь цзы». Это в принципе свойственно любому общерелигиозному праву, ставящему высшую цель сближения мыслей и поступков с божественным идеалом.

По-другому в структуре общерелигиозного права выглядит «фа». Во-первых, оно относится к лицам неблагогодным, так как представляет собой систему суровых наказаний. Нужно заметить, что и в современном китайском уголовном праве более трети наказаний содержат санкцию в виде смертной казни. Во-вторых, «фа» все же не определяет, а как бы дополняет поступки человека. Если он совершит неблаговидное действие, то нормы «фа» исправят его поведение, что также в китайских традициях воспринимается как регулятивное, а не охранительное начало в праве. Наиболее показательную такую роль «фа» определяет китайский философ Мо Ди (Мо-Цзы): «Если наказания будут применяться по отношению к уже совершенным преступлениям, то злодейств прекратить не удастся. Поэтому тот, кто хочет добиться гегемонии, должен применять наказания к поступкам, которые только готовятся».

Таким образом, общерелигиозное китайское право, в принципе отвечающее традициям религиозно-общинной правовой семьи, отличается определенной спецификой как в плане формирования особенностей национальной правовой системы Китая, так и в отношении основания общерелигиозных традиций дальневосточной правовой группы. Китайское общерелигиозное право служит основой структуры традиционного права Японии, Кореи, Вьетнама и других систем дальневосточного региона. Рецепция элементов общерелигиозных норм никогда не носила характера экспансивного давления. Она осуществлялась добровольно и охотно, что в принципе и определило похожий характер общерелигиозного права во всех правовых системах дальневосточной группы.

Что касается второго элемента традиционного права – права общин, то оно является центральной частью системы китайских норм. С его помощью фактически и происходит регулирование общественных отношений, что свойственно и всем другим дальневосточным правовым системам. В китайском праве, как мы успели заметить, важным элементом являются риты. Они определяют статус каждого жителя общины и также традиционно указывают на его поведение. Риты нигде материально не закреплены. Они являются «духом закона», как сказал бы европейский юрист. Китайская община не является подобием относительно искусственной индусской касты. Это – явление общественное. И потому каждый житель может изменить свой статус с переходом в другую общину. Риты не обладают все-

общим характером и не определяют поведение человека в зависимости от статуса контрагента или от сложившихся условий. Риты конкретны и стабильно закрепляют за жителем китайской общины определенный круг возможных вариантов поведения, пока тот сам не пожелает покинуть общинную группу.

Система китайского права общин обладает определенным внутренним единством, что обусловлено характером традиций самой китайской общины, как исторически сложившегося явления китайского общества. Традиционная община – это население, объединенное единой идеей морально-этического порядка. Данная идея носит характер всеобщего религиозно-морального единения членов китайской общины. Современное административное деление Китая, представленное провинциями, уездами и волостями не отразилось на характере традиционной общины, которая воспринимается как объединение, не имеющее административных границ, и носит скорее национальный, чем территориальный характер. Самая большая община ханьцзы географически расположена в бассейнах рек Хуанхэ, Янцзы, Чжуц-зян, а также в северо-восточной части Сунляосской равнины. Община чжуан численностью более 13 миллионов человек находится в районах Гуанси, Юньнань, Гуандун и Гуйчжоу. Всего на территории Китая можно выделить более 50 традиционных общин, некоторые из которых даже не идентифицированы.

В основе нормативного своеобразия каждой из общин лежит степень выраженности традиционной правовой основы «И цзин» и конфуцианства, чаще всего в правовом значении оформленного в книге «Лунь юй». С другой стороны, нормативную специфику общин определяют основы религиозно-философских идей. Так, общины тей и югуров в поведенческом плане используют нормативные установки буддизма-ламаизма; общины орочонов и дауров подвержены влиянию шаманских традиций и т.д. Вместе с тем, нельзя говорить о каком-то концептуальном определяющем значении рецептированных религиозно-философских элементов для права общин. В основе формирования данного элемента традиционного китайского права все же заложены социально-правовые идеи, изложенные в основных религиозно-правовых источниках, которые нами были рассмотрены. Об этом свидетельствует и сама существующая сегодня тенденция объединения многих общин вокруг той, которая исповедует традиционное учение. Многие общины, согласно выводам современных китаеведов, слились с ханьцами, а сама модель маленьких компактно расположенных общин, находящихся среди больших смешанных групп ханьцев, стала традиционной для расположения национальностей в Китае.

В систему традиционного китайского права входит и еще один нехарактерный для религиозно-общинной семьи элемент управленческого права. Формирование данного элемента проходило как бы в двух направлениях: формировалась концепция «фа» и одновременно складывались писанные китайские законы, постепенно принимающие форму кодексов. В период между 403 – 221 гг. до н.э. появляется первый прообраз китайских кодексов «Канон законов», состоящий из шести самостоятельных «фацин» (глав). Последующие традиции переняли кодифицированную форму законодательства и потому современный управленческий элемент традиционного китайского права входит в кодексы. Это касается, прежде всего, уголовного и административного права. Первоначально в китайском управленческом праве не существовало деления на «люй» (уголовный закон) и «лин» (административный закон). Эти две группы воспринимались как императорские акты. Правда, «люй» были основными, а «лин» – вспомогательными статутами. Различие в форме не повлияло на общий кодифицированный характер управленческого традиционного права. Еще при Шести династиях (375 – 583 гг.) «люй» и «лин» дополнялись одновременно, а потому сохранился единый кодифицированный характер уголовного и административного права.

По сравнению с другими дальневосточными правовыми системами, управленческое право Китая наименее кодифицировано. Но оно является собственно традиционным китайским правом, а не европеизированным, как во многих других системах, выстроенным по романскому образцу. Соответственно и применяется данный элемент управленческого права крайне сдержанно, когда уже не применить законодательный элемент невозможно – совершено преступление, отсутствует соглашение сторон и т.д. В этом, в частности, и состоит отличие китайской правовой системы от монгольской или корейской, где применение кодексов, пусть и рецептированных, происходит более активно.

Большую проблему для современных исследователей составляет так называемое «новое законодательство» Китая, появившееся в социалистический период. В основном, источником законов, принятых после 1949 года, были идеи марксизма-ленинизма, а позднее и маоизма. Появились работы, где под правом Китая понималось именно законодательство данного рода, а не традиционные элементы китайской правовой общности. Основное внимание в исследованиях начинает уделяться конституционному, хозяйственному праву, а также сфере уголовно-процессуального регулирования. Компаративистская библиография по Китаю пополнилась изданиями в форме законодательных актов КНР. Но все же новоявленный фактор не

смог изменить устоявшихся правовых основ. Очень скоро новое законодательство обратилось к традиционным методам нравственно-правового регулирования отношений, потеснив методы, основанные на законах. В 80-х годах минувшего столетия появляются новые законы в области уголовного права, уголовного и гражданского процессов; принимаются «Основные принципы гражданского права» (1987 г.) и новый Закон «О браке» (1980 г.). Так, новый Уголовный кодекс 1980 года определяет тюрьму в своем традиционном стиле – как учреждение не карательного, а воспитательного типа; в числе целей уголовного закона выделяются труд и воспитание; среди санкций выделяется нахождение под общественным надзором и т.д.

Частно-правовая сфера также возвратилась к своим традиционным источникам правового регулирования, поставив во главу угла правовых проблем принцип справедливости. В частности, брак мог быть расторгнут по согласию сторон, если такое соглашение «человека воспитывает справедливым». В соответствие с процессуальными нормами стороны за разрешением спора могут обратиться к органам самоуправления по месту жительства, в так называемые квартальные советы, которые выносят свои решения не по закону, а по справедливости и т.д.

Таким образом, период временного изменения традиционных ориентиров китайского права можно уже рассматривать как историческое явление. Новшества, привнесенные законодательством, остались востребованными общественной практикой и логикой дальнейшего развития, если они исходили не из марксистско-ленинской идеологии, а из традиций китайского общества, которые также, согласно конфуцианскому учению, должны развиваться. Речь идет о законах, принятых в новый период законодательства и действующих в настоящее время. Законодательные акты о хозяйственных обществах, совместных и иностранных предприятиях, патентах и хозяйственных дотациях и многие другие представляют собой не дань коммунистической моде, а закономерный результат развития китайской правовой системы, в которой традиционные нормы и нормы управленческого права основываются на одних и тех же религиозно-этических принципах.

Несмотря на то, что в китайском праве существуют нормы кодифицированного происхождения, изложенные в законах или кодексах, под нормой все же понимается морально-этическое поведение человека. Такое поведение должно соответствовать не только обычаю, но и внутреннему убеждению китайца. Например, требования уважения к старшим («ди») или сыновней почтительности («сяо») должны быть не просто формально исполненными, но и являться желаемыми для исполняющего их. Со сторо-

ны может показаться, что проверить это довольно трудно. На самом же деле традиции такого рода существуют издавна, и китайцы просто не предполагают при данном поведении отсутствие внутреннего стремления к его совершению.

Норма закона есть примерный образец поведения, который конкретизируется поступками людей. Закон может требовать лишь формально исполнить должное, но не учитывает при этом степени внутреннего желания человека. Следовательно, в китайском праве, как и во всей группе дальневосточных правовых систем, норма не исходит из закона или как в других правовых группах – из толкователей священных книг. Она является, во-первых, необходимым, а во-вторых, желаемым для исполнения поступком.

Норма китайского права более конкретна, нежели в других дальневосточных правовых системах. Если в японском праве «гири» – это обязанность перед неопределенным количеством лиц, то в китайском – это обязанность по отношению к более-менее определенной группе – родителей, детей, начальников и т.д. В отличие от общесемейного понимания нормы, в китайском праве и праве остальных дальневосточных правовых систем, ее характер менее религиозен и несет больше морально-нравственную нагрузку.

Природа правовых понятий в китайском праве определяется спецификой национального языка. В этом состоит языковое отличие китайских правовых понятий от категориального аппарата семьи права. Это впрочем, характерно и для любой группы правовых систем, входящих в религиозно-общинную семью.

Языковая специфика китайской правовой системы усложняется еще самой китайской письменностью и множественностью языков национальных меньшинств, населяющих территорию государства. В настоящее время существует примерно с десятков общинно-этнических групп, имеющих свои письменные языки. Согласно последним исследованиям, в Китае существует более 50 разновидностей языков, относящихся к разным языковым семьям. Конечно же, большую группу составляет китайско-тибетская семья. Но это не упрощает проблему применения правового понятийного аппарата, который испытывает влияние всех остальных языковых групп.

В результате, современный правовой язык Китая – это не просто сложное лингвистическое образование, но и правовой феномен, который еще предстоит изучить и придать ему научно-логический вид как с точки зрения теоретических конструкций, так и с позиций потребностей современной законотворческой и правотворческой практики.

СОДЕРЖАНИЕ

Введение	3
Модуль 1. Понятие сравнительного правоведения	4
Тема 1. Предмет и объекты сравнительного правоведения	4
Тематика реферативных сообщений, курсовых и дипломных работ	6
Задания	6
Тема 2. Объекты сравнительного правоведения	8
Тематика реферативных сообщений, курсовых и дипломных работ	11
Задания	12
Тема 3. Метод сравнительного правоведения	14
Тематика реферативных сообщений, курсовых и дипломных работ	17
Задания	17
Модуль 2. Правовая семья	19
Тема 1. Понятие правовой семьи	19
Тематика реферативных сообщений, курсовых и дипломных работ	24
Варианты контрольных работ	25
Тема 2. Романо-германская правовая семья	26
Тематика реферативных сообщений, курсовых и дипломных работ	33
Варианты контрольных работ	34
Тема 3. Англосаксонская правовая семья	36
Тематика реферативных сообщений, курсовых и дипломных работ	48
Варианты контрольных работ	49
Тема 4. Религиозно-общинная правовая семья	50
Тематика реферативных сообщений, курсовых и дипломных работ	63
Варианты контрольных работ	63
Модуль 3. Правовые системы (хрестоматия)	65
Тема 1. Французская правовая система	65
Тема 2. Английская правовая система	74
Тема 3. Китайская правовая система	88

Учебное издание

ЕГОРОВ Алексей Владимирович

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ

УЧЕБНО-МЕТОДИЧЕСКИЙ КОМПЛЕКС

для студентов специальности 1-24 01 02 «Правоведение»

Редакторы *Т. В. Булах, О. П. Михайлова*

Дизайн обложки *И. С. Васильевой*

Подписано в печать 15.05.08. Формат 60 × 84 1/16. Бумага офсетная. Гарнитура Таймс.
Ризография. Усл. печ. л. 6,04. Уч.-изд. л. 5,57. Тираж 105 экз. Заказ № 756.

Издатель и полиграфическое исполнение:
учреждение образования «Полоцкий государственный университет»

ЛИ № 02330/0133020 от 30.04.04 ЛП № 02330/0133128 от 27.05.04

211440 г. Новополоцк, ул. Блохина, 29