

Академия управления МВД России

# **СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ**

Учебное пособие

Москва • 2021

УДК 340.5  
ББК 67.0  
А65

*Одобрено редакционно-издательским советом  
Академии управления МВД России*

**Рецензенты:** *Н. С. Нижник*, начальник кафедры теории государства и права Санкт-Петербургского университета МВД России, доктор юридических наук, профессор, заслуженный работник высшей школы Российской Федерации; *М. А. Кожевина*, профессор кафедры теории и истории права и государства Омской академии МВД России, доктор юридических наук, профессор.

А65

Сравнительное правоведение: учебное пособие / И. А. Андреева, Д. А. Матанцев. – Москва: Академия управления МВД России, 2021. – 96 с.

**ISBN 978-5-907187-58-0**

Учебное пособие подготовлено в соответствии с рабочей программой учебной дисциплины «Сравнительное правоведение» для обучающихся по направлению подготовки 40.04.01 Юриспруденция, дисциплины научной специальности «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве» по направлению подготовки 40.07.01 Юриспруденция.

В пособии раскрываются общие теоретико-методологические вопросы сравнительного правоведения, дается характеристика основным правовым семьям современности (романо-германской, англосаксонской, религиозной, дальневосточной), правовым системам смешанного типа.

Данное учебное издание предназначено для слушателей (магистрантов), изучающих дисциплину «Сравнительное правоведение», адъюнктов (аспирантов), преподавателей юридических вузов.

УДК 340.5  
ББК 67.0

ISBN 978-5-907187-58-0

© Андреева И. А., Матанцев Д. А., 2021  
© Академия управления МВД России, 2021

## Оглавление

<b>Предисловие</b> .....	<b>4</b>
<b>Глава 1. Сравнительное правоведение: понятие, методология и практическое значение</b> .....	<b>6</b>
1.1. Сравнительное правоведение как наука и учебная дисциплина .....	6
1.2. Методология сравнительного правоведения .....	14
1.3. Понятие и классификация правовых систем .....	18
<b>Глава 2. Романо-германская правовая семья</b> .....	<b>22</b>
2.1. Особенности формирования и развития романо-германской правовой семьи .....	22
2.2. Основные черты романо-германской правовой семьи .....	27
2.3. Различия национальных правовых семей в рамках романо-германской правовой семьи .....	36
<b>Глава 3. Англосаксонская правовая семья (семья общего права)</b> .....	<b>40</b>
3.1. История развития правовой семьи общего права .....	40
3.2. Отличительные черты правовой семьи общего права .....	44
3.3. Источники права в правовых системах общего права .....	47
<b>Глава 4. Религиозная правовая семья</b> .....	<b>53</b>
4.1. Индуистская правовая система .....	53
4.2. Иудейское право .....	57
4.3. Мусульманская правовая система .....	61
<b>Глава 5. Правовые системы Дальнего Востока</b> .....	<b>70</b>
5.1. Особенности восприятия права в китайской правовой традиции .....	70
5.2. Правовая система КНР .....	73
5.3. Правовая система Японии .....	74
<b>Глава 6. Смешанные правовые системы</b> .....	<b>78</b>
6.1. Правовые системы Квебека и Луизианы .....	78
6.2. Правовая система Израиля .....	82
6.3. Правовая система ЮАР .....	89
<b>Список литературы</b> .....	<b>93</b>

## Предисловие

На современном этапе развития правовой науки «Сравнительное правоведение» – это научная дисциплина, которая преподается в учреждениях высшего профессионального образования России, а также ближнего и дальнего зарубежья. Объективными факторами, обуславливающими и подчеркивающими важную роль и необходимость сравнительного правоведения, являются: многообразие правовых систем современности; развитие правовых взаимосвязей и расширение международных, экономических, политических, культурных и иных связей между государствами; появление на правовой карте мира правовых систем новых независимых государств; деятельность международных организаций.

Сегодня значимость сравнительного правоведения для становления современного юриста не подвергается сомнению, в ведущих юридических вузах создаются кафедры, центры, есть и специальная научно-образовательная организация – Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. В магистерских образовательных стандартах и учебных планах сравнительное правоведение занимает прочные позиции (является базовой частью профессионального цикла).

Данное учебное пособие «Сравнительное правоведение» соответствует учебной программе дисциплины, преподаваемой на кафедре государственно-правовых дисциплин Академии управления МВД России. В основу пособия легли лекции, успешно апробированные авторами на 4 факультете Академии управления МВД России.

В работе отражена актуальность изучения сравнительного правоведения, рассмотрена методология и понятийный аппарат науки, исторический и современный аспекты. Дана характеристика основных правовых семей. Рассмотрена связь с теоретическими, отраслевыми, прикладными юридическими науками, такими как: международное право, теория государства и права, история государства и права и др.

Учебное пособие состоит из шести глав, содержание которых в совокупности направлено на реализацию следующих задач:

- раскрыть понятие и назначение сравнительного правоведения в условиях глобализации;
- выявить особенности сравнительно-правового метода исследования, охарактеризовать основные виды сравнительно-правовых исследований;

- раскрыть сущность категорий «правовая система», «правовая семья», проанализировать основные подходы к типологии правовых семей и критерии их классификации;
- изучить особенности основных правовых семей современности (романо-германской, англосаксонской, религиозной, дальневосточной) и определить основные тенденции их взаимодействия в условиях глобализирующегося мира;
- определить специфику смешанных правовых систем, с учетом историко-правовых условий и причин их формирования.

Необходимость изучения сравнительного правоведения определяется его важной ролью – оно находится на переднем крае развития современной юридической науки, является методологическим донором для юридических наук, привносит в юридическую мысль идеи понимания между народами, культурами, цивилизациями, дает возможность совершенствовать правовую систему России. Сравнительное правоведение создает основу для взаимодействия российского права с европейским и международным правом, развития внешнеэкономической деятельности государства и субъектов хозяйствования, а также для сотрудничества народов с целью решения общих проблем.

# Глава 1. Сравнительное правоведение: понятие, методология и практическое значение

## 1.1. Сравнительное правоведение как наука и учебная дисциплина

Сравнительное правоведение является достаточно молодой юридической наукой, ее становление относится к первой трети XIX в. В 1831 г. в Коллеж де Франс была создана первая кафедра сравнительного правоведения, а в 1834 г. во Франции началось издание «Журнала иностранного законодательства». К этому времени завершилось становление национальных правовых систем и юридические наука и практика были в целом поглощены вопросами совершенствования национальных правовых порядков. Однако развитие международных отношений, экономических связей настоятельно потребовали от юристов выйти за рамки национального права. Первые компаративисты, обращаясь к изучению права (законодательства) зарубежных государств, преследовали прагматичные цели, связанные с решением юридических проблем собственной страны. Но вскоре началось и создание «юридической географии», т. е. систематизированного представления о развитии права в мире в целом.

Конечно, практика не только спонтанного, но и осознанного, методичного сравнения права и законодательства различных государств существовала и ранее: и в период Античности, и в Средневековье, и в Новое время. Это позволило классику сравнительного правоведения Рене Давиду утверждать, что «сравнение правовых систем, соседствующих на географической карте, – дело столь же давнее, как и сама правовая наука»<sup>1</sup>. Тем не менее развитие правовой компаративистики как научного метода, сравнительного правоведения как науки произошло не так давно. Лишь в двадцатое столетие важность сравнительного изучения права получила общее признание в юриспруденции, термин «сравнительное правоведение» прочно вошел в юридический тезаурус, методы и цели сравнительного правоведения стали систематически обсуждаться.

Подобно другим наукам, сравнительное правоведение в своем развитии пережило два периода: доинституциональный и институциональный. Институциональный период развития науки характеризуется складыванием обособленной совокупности сравнительно-правовых научных знаний, накопление и развитие которых обеспечивается системой воспроизводства научных кадров, обмена научной

---

<sup>1</sup> *Захарова М. В.* Сравнительное правоведение: науч.-учеб. пособие для магистров. Москва: Проспект, 2016. С. 5.

информацией. В европейских университетах (Германия, Франция) появляются первые кафедры, начинается издание журналов по сравнительному правоведению. В течение XIX в. появляются и другие институционально-организационные формы научно-познавательной деятельности в области сравнительного изучения права.

Если в первой половине XIX в. центр компаративистики находился в Германии, то во второй половине он переместился во Францию. Изучение права разных народов здесь велось для практических целей, прежде всего для совершенствования законодательства, кстати, отсюда и преобладание в научном языке того времени термина «сравнительное законодательство». Юристы, имеющие единые познавательные интересы объединились в 1869 г. в Общество сравнительного законодательства Франции. Существенную роль в преимущественном сосредоточении компаративистов на сравнении нормативных правовых актов сыграло и то, что во французской школе преобладал позитивизм (школа экзегезов). Предметом сравнительного законодательства выступало не право вообще, а действующие нормы и институты.

В 1880 г. был учрежден Международный союз уголовного права. В 1898 г. создано Общество сравнительного законодательства в Англии (с 1928 г. – Общество сравнительного законодательства и международного права).

Колоссальное значение для развития рассматриваемой отрасли юридического знания имел Международный конгресс сравнительного права (1900 г., Париж). Это событие, с одной стороны, означало подведение итогов научных исследований предшествующего периода, с другой стороны, стало важной вехой в определении перспектив компаративистики, надо сказать оптимистичном. Развернулась весьма востребованная в то время коллективная работа по унификации норм международного частного права (1902–1905 гг.). В целом сравнительно-правовые исследования европейских ученых до определенного времени сконцентрированы на изучении континентального права. Организатором первого конгресса выступил выдающийся французский правовед Раймонд Салейль. Были сформулированы основные понятия и категории сравнительного правоведения. В центре дискуссии участников конгресса оказался вопрос о научном статусе сравнительного правоведения. Французы (Раймонд Салейль, Эдуард Ламбер, Анри Леви-Ульман) отстаивали понимание сравнительного правоведения как самостоятельной науки, немцы и англичане (Эрнст Рабель, Фредерик Поллок) придерживались взгляда на сравнительное правоведение как на универсальный метод.

Развитие сравнительного права в XIX в. осуществлялось и в России, но достижения отечественных юристов не оценены по достоинству международной наукой. Среди выдающихся в этой области работ российских ученых этого времени назовем: «Метод и средства сравнительного изучения древнейшего обычного права славян вообще и русских в особенности» Николая Павловича Загоскина, «Сравнительный очерк государственного права иностранных держав» Николая Михайловича Коркунова, «Гражданское право Древнего Рима», «Рецепцию римского права на Западе» Сергея Андреевича Муромцева, «Историко-сравнительный метод в юриспруденции и приёмы изучения истории права», «Закон и обычай на Кавказе» Максима Максимовича Ковалевского, «Очерки по теории права», «Исследования по исторической юриспруденции» Павла Гавриловича Виноградова, который кстати, с 1903 г. возглавил кафедру сравнительного правоведения в Оксфордском университете.

Окончание Первой мировой войны и развитие международного сотрудничества благоприятствовали созданию международных исследовательских организаций. В 1924 г. была основана Международная академия сравнительного права в Гааге, а в 1932 г. здесь был проведен I конгресс юристов Международной академии сравнительного права. В 1941 г. было создано Американское общество сравнительного права. Эти процессы были усилены после Второй Мировой войны. В 1949 г. под эгидой ЮНЕСКО был образован Международный комитет сравнительного права (впоследствии – Международная ассоциация юридических наук), в 1966 г. основана Международная ассоциация сравнительного права. В 1970-е гг. Международным союзом антропологических и этнологических наук была создана Комиссия по обычному праву и правовому плюрализму. Результаты многолетних исследований получили отражение в Международной энциклопедии сравнительного права (1972 г.).

Значительный прогресс сравнительно-правовых исследований, рост числа изданий, посвященных компаративистике, в послевоенный период ознаменовали начало современного этапа в развитии науки сравнительного правоведения. Ученые этого времени, ставшие классиками сравнительного правоведения, придали сравнительно-правовым исследованиям всемирный масштаб, выйдя за рамки изучения континентального права. Во Франции – Марк Ансель и Рене Давид, в Германии – Конрад Цвайгерт и Хайн Кетц. По-прежнему обсуждались вопросы общетеоретического плана (в частности, о статусе сравнительного правоведения), проблемы развития основных правовых семей, сравнительно-правовые исследования в рамках отраслевых юридических наук.

В последние десятилетия и в нашей стране появились соответствующие научно-исследовательские центры (Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации), научные периодические издания (Ежегодник сравнительного правоведения, Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения).

Статус сравнительного правоведения по-прежнему образует предмет острой дискуссии. Это наука? Метод? Часть теории? На сегодняшний день сложилось несколько точек зрения по данному вопросу, но они располагаются между двумя противоположными позициями:

1) позиция, отводящая сравнительному правоведению роль научного метода (Э. Паттерсон, Ф. Поллок, Х. Гаттеридж, З. Петери, С. Зивс, В. Казимирчук, К. Осакке и др.),

2) позиция, признающая сравнительное правоведение самостоятельной юридической наукой.

При этом, во-первых, почти никто из представителей второй позиции не отрицает существования сравнительно-правового метода в качестве особого способа познания, во-вторых, как сторонники первой позиции, так и второй, рассматривают сравнительное правоведение в качестве самостоятельной учебной (академической, в англо-американской традиции) дисциплины<sup>1</sup>.

Ученые, относящиеся к первой группе, их зачастую называют «методистами», отводят сравнительному правоведению роль метода, применяемого различными отраслями правовой науки, отрицают самостоятельность сравнительного правоведения как науки. К. Осакке: «Сравнительное правоведение есть аналитическое изучение путем сопоставления отдельных аспектов правовых систем двух или более стран с целью выявления общих и (или) отличительных свойств»<sup>2</sup>.

Широкое распространение получило мнение, согласно которому сравнительное правоведение рассматривается как самостоятельная «чистая» наука, автономная отрасль правовой науки. Эта точка зрения разделяется едва ли не большинством юристов-компаративистов постсоветского пространства и некоторыми зарубежными учеными прошлого и современности (Р. Салейль, Э. Ламбер, Э. Рабель, М. Ансель, Л. Консгантинеску, М. Н. Марченко, Р. Леже, Ю. А. Тихомиров, К. Цвайгерт, Х. Кётц и др.). Так, Р. Леже предла-

---

<sup>1</sup> Дамирли М. А. Сравнительное правоведение: Ч. 1. Статус, предмет и система. Одесса: Фенікс, 2013. С. 5.

<sup>2</sup> Осакке К. Сравнительное правоведение в схемах: Общая и Особенная части. Москва, 2002. С. 48.

гает следующее определение сравнительного правоведения – «является социальной наукой, объединяющей знания и методы, которые позволяют точно проводить параллели между различными правовыми системами или некоторыми из их институтов для выявления их сходств или различий, необходимых для проведения фундаментальных исследований или совершенствования правовой политики и практики»<sup>1</sup>. Для М. Н. Марченко сравнительное правоведение – «вполне сложившаяся, относительно самостоятельная и обособленная от всех других гуманитарных наук юридическая научная и учебная дисциплина, имеющая свой собственный предмет, метод, сферу применения, выполняющая свою собственную роль в системе юридических знаний и юридического образования и имеющая свое особое социальное назначение»<sup>2</sup>.

Таким образом, как отмечал А. Х. Саидов, термин «сравнительное правоведение» имеет разные смыслы, это и метод познания, и научная дисциплина, и учебная дисциплина. В качестве метода познания сравнительное правоведение представляет собой одно из важнейших средств познания правовых явлений. Его использование позволяет выявить общее, особенное и единичное в национальных правовых системах. В качестве науки сравнительное правоведение предстает как комплекс научных знаний о современных правовых системах, объективированных в монографиях, энциклопедиях, диссертациях, статьях и т. д.<sup>3</sup> В последние десятилетия сравнительное правоведение вошло в число обязательных учебных дисциплин, преподаваемых в высших учебных заведениях.

Многообразны представления ученых о предмете науки сравнительного правоведения.

М. Н. Марченко полагает: «если объектом общей теории сравнительного правоведения является реально существующая в разных странах правовая действительность, правовые системы разных стран, то в качестве предмета ее исследования выступают общие принципы и закономерности возникновения, становления и развития различных правовых систем»<sup>4</sup>.

А. Х. Саидов включает в структуру предмета сравнительного правоведения: методологию и методику сравнительно-правового исследования; сопоставление правовых систем современности;

---

<sup>1</sup> *Леже Р.* Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход. Москва, 2011. С. 501.

<sup>2</sup> *Марченко М. Н.* Сравнительное правоведение. Общая часть. Москва, 2001. С. 79.

<sup>3</sup> *Саидов А. Х.* Сравнительное правоведение: основные правовые системы современности: учебник. Москва, 2003. С. 29.

<sup>4</sup> *Марченко М. Н.* Указ. соч. С. 79.

обобщение конкретных сравнительно-правовых исследований; историко-сравнительные правовые проблем; соотношение международного и национального права<sup>1</sup>.

Таким образом, предмет сравнительного правоведения характеризуется специфическим ракурсом рассмотрения объекта, каковым является соотнесенное изучение всех системных правовых образований с выявлением и анализом сходств и различий (общего, особенного и единичного), ориентированных на получение обобщений в виде типологий, классификаций и моделей; выявление и анализ межсистемных правовых взаимодействий и взаимовлияний; систематический характер применения сравнительно-правового подхода.

Предметом сравнительного правоведения как комплексной науки является соотнесенное изучение системных правовых образований как целое (национальных, интеграционных, международной правовых систем, групп национальных правовых систем – правовых семей, систем теоретико-правовых идей) и их составляющих (отраслей, институтов, норм и других правовых явлений) как части этого целого, ориентированное на получение обобщений в виде типологий, классификаций, моделей и установление межсистемных правовых взаимодействий и взаимовлияний на основе выявления и анализа сходств и различий (общего, особенного и единичного) посредством систематического применения сравнительно-правовой методологии<sup>2</sup>.

Таким образом, современное сравнительное правоведение:

- разрабатывает методологию сравнительно-правового исследования;
- осуществляет сравнительный анализ правовых систем, в т. ч. в ретроспективном ключе;
- анализирует международно-правовую проблематику через призму юридической компаративистики.

Сравнительное правоведение как самостоятельная наука и учебная дисциплина реализует научно-познавательную, практико-прикладную и учебно-воспитательную цели. Первая цель вызвана потребностью всестороннего понимания основных тенденций и направлений развития современных национальных правовых систем, выявления государственно-правовых закономерностей, овладения и оперирования актуальной правовой информацией об иностранном праве. Результаты сравнительно-правового познания имеют большое практико-прикладное значение в правотворческой и правоприменительной деятельности, а также в международ-

---

<sup>1</sup> Саидов А. Х. Указ. соч. С. 34.

<sup>2</sup> Дамирли М. А. Указ. соч. С. 25.

ной правовой практике. Учебно-воспитательная роль сравнительного правоведения связана с необходимостью повышения общей и правовой культуры обучающихся.

Через призму обозначенных целей можно рассмотреть функции сравнительного правоведения.

**Гносеологическая (познавательная) функция.** Сравнительное правоведение в наибольшей степени соответствует критериям научности из всех юридических наук, поскольку занимается изучением явлений и процессов разных правовых систем, выявлением наиболее общих тенденций правовой жизни. Формируя комплекс знаний об основных тенденциях и направлениях развития правовых систем мира, государственно-правовых закономерностях, сравнительное правоведение вносит существенный вклад в прогресс юридических наук.

Разрабатывая сравнительно-правовой метод исследования, который входит в методологический арсенал всех юридических наук, унифицируя понятийный аппарат сравнительно-правовых исследований, сравнительное правоведение осуществляет **методологическую функцию**. Сравнительно-правовой метод используется отраслевыми юридическими науками для современного вдумчивого ученого, стремящегося найти новое, интересное решение исследуемых проблем. Этот метод очень важен.

**Образовательная функция** сравнительного правоведения выступает необходимым компонентом подготовки юристов: посредством изучения правовых систем мира, они более глубоко понимают свое национальное право; могут использовать данные компаративных исследований в качестве аргументов в научной дискуссии о развитии права. Сравнительно-правовые знания в совокупности повышают уровень правовой культуры юристов.

**Идеологическая (воспитательная) функция** также присуща сравнительному правоведению, т. к. вырабатывает базовые идеи правового развития, обобщая прогрессивные элементы национальных правовых культур, способствуя одновременно воспитанию уважения к их самобытности и преодолению их замкнутости.

**Практико-организационная (прагматическая, практическая) функция** сравнительного правоведения. С давних пор сравнительное право служит для совершенствования позитивного (действующего) права. Это естественно, обратиться к опыту соседей, близких и далеких за опытом решения проблем. Сравнительно-правовые исследования способствовали, например, распространению конституционных институтов (в частности, конституционного контроля). В течение полувека они также служат тому, чтобы гармонизировать и унифицировать международное право, особенно на европейском

континенте. В Союзном государстве (проект России и Республики Беларусь) также предполагается унификация законодательства. Наконец, сравнительное правоведение играло и играет еще более амбициозную роль – осуществляет в определенных обстоятельствах творческую функцию созидания нового права. Сравнение осуществляется для того, чтобы изучив две идеи произвести третью, новую. Результат сравнительно-правовых исследований часто становится материалом для законодателя и юристов-практиков. Таким образом, результаты сравнительно-правовых исследований используются: при разработке нормативных правовых актов; концепций национальной правовой политики; международных конвенций, норм, модельных законов и типовых договоров в частном праве; международных договоров, содержащих ключевые публично-правовые стандарты (прежде всего, о защите прав личности); частнопрактикующими юристами в их транснациональной юридической практике; для преодоления пробелов в праве при вынесении судебных решений посредством интерпретации с помощью компаративистского метода решений, вынесенных в рамках иных правовых систем.

**Интеграционная функция** сравнительного правоведения проявляется в том, что служит средством сближения национальных правовых систем, их гармонизации и унификации, оказания взаимной правовой помощи, облегчает понимание зарубежных правовых систем; разрушает правовую ксенофобию.

**Прогностическая функция** сравнительного правоведения состоит в том, что на основе познания общих закономерностей развития правовых систем можно прогнозировать их дальнейшее развитие и выработать практические рекомендации по развитию национального права, отдельных правовых систем и семей, международного права.

Итогом длительного развития сравнительного правоведения стало расширение кругозора специалистов в области права, открытость к результатам других сравнительных наук, утверждение университетского статуса научной дисциплины, признание многообразных функций сравнительного правоведения. Это кардинально преобразило данную отрасль юридического знания. Сегодня в ней присутствуют следующие тенденции: стремление к комплексному познанию сравнительно-правовой материи, ее исследованию в тесной связи с неправовой материей; выделение в качестве предмета исследований не только норм права, но и других компонентов правовой системы – правосознания, правовой культуры, правовой практики и т. д.; исследование нормативно-правового массива сравниваемых стран не столько в целостном виде, сколько в зависимости от иерархии норм и их принадлежности к различным институтам и отраслям; учет сложности,

множественности и разнообразия источников права различных правовых семей и систем права; взаимопроникновение правовых систем и семей в условиях расширяющихся международных связей.

## 1.2. Методология сравнительного правоведения

Как любая иная наука, сравнительное правоведение использует всеобщие и общенаучные методы, объяснение которых составляет предмет общей теории права. Изучение правовых систем современности основывается на использовании всего методологического, познавательного инструментария юридической науки, но особое место среди них занимает сравнительно-правовой метод, благодаря которому сравнительное правоведение приобрело свое наименование. Свои рассуждения о роли сравнительно-правового метода М. Ансель строит следующим образом: «...по мере использования сравнительного метода накапливаются результаты и на их основе все более четко вырисовывается специфическая сфера действия новой науки... Использование сравнительного метода ведет к тому, что формируется новое научное содержание. И в этом смысле можно сказать, что сравнительная наука ... сама в конечном счете создает свой предмет»<sup>1</sup>.

Согласно общефилософскому подходу, сравнение – это познавательная операция, позволяющая формировать суждения о сходстве и различии объектов, с ее помощью можно выявить количественные и качественные характеристики предметов, классифицировать их и в целом упорядочить наше восприятие мира, оценить содержание бытия и познания. Но сравнение имеет смысл только применительно к совокупности «однородных» предметов, образующих класс. Сравнение предметов в классе осуществляется по признакам, существенным для определенного рассмотрения. При этом предметы, сравнимые по одному признаку, могут быть несравнимы по-другому. В сравнительном правоведении в развитии общефилософских представлений сформулированы принципы проведения сравнения правовых явлений:

- сравнимости явлений, институтов и учреждений;
- строгого соответствия друг другу различных уровней, форм и видов элементов сравнительных систем;
- всестороннего учета исторических, национальных, экономических, социально-политических и иных условий развития правовых явлений;

---

<sup>1</sup> Ансель М. Методологические проблемы сравнительного права // Очерки сравнительного права (сборник) / отв. ред. В. А. Туманов. Москва, 1981. С. 43.

- установление не только общих черт и признаков сравниваемых правовых систем, но и их особенностей, также специфических признаков, свойственных отдельным системам;
- выделение главных и второстепенных признаков и черт сравниваемых систем;
- сравнительное исследование правовой материи как в статике, так и в динамике.

Сравнительно-правовой метод обладает сложным содержанием, включает: макросравнение и микросравнение, внутреннее и внешнее сравнение, доктринальное сравнение, нормативное сравнение, функциональное сравнение, сравнительно-исторический подход, диахронное и синхронное правовое сравнение и др.

Диахронное сравнение подразумевает исследование правового явления в его развитии либо исследование смены этапов, эпох в истории отдельно взятой правовой системы. Синхронный метод состоит в сравнении событий, явлений, происходивших в одно время.

Сравнения государственно-правовых явлений, относящихся к одной правовой системе (одному государству) принято называть внутренним сравнением. Внутреннее сравнение осуществляется путем сопоставления объектов сравнения, принадлежащих к правовой системе отдельной страны. Сравняться могут законодательство и правоприменительная практика федеративного государства и его субъектов, отраслевое законодательство и судебная практика. Внешним сравнением считается сопоставление правовых явлений, принадлежащих к различным национальным правовым системам или даже правовым семьям. Сравнение на уровне правовых семей называют глобальным или универсальным.

Сравнительно-правовые исследования могут осуществляться на двух уровнях. На первом уровне – микроуровне, осуществляется системно-структурный и функциональный анализ норм права или даже их частей, статей нормативных правовых актов, институтов права, правовых отраслей, судебной практики. На втором уровне – макроуровне сравниваются правовые системы в целом. Как правило, при макросравнении исследуются источники права (доктрина, закон, прецедент, обычай, договор), правовая идеология, юридическое мировоззрение, взаимодействие материнской и дочерних правовых систем в рамках одной правовой семьи (например, вопросы рецепции английского права правовыми системами США и Австралии), взаимодействие правовых систем, принадлежащих к различным правовым семьям; влияние международного и евро-

пейского права на национальные правовые системы<sup>1</sup>. В процессе осуществления макро- и микросравнения для понимания причин обнаруженных особенностей необходимо учитывать различные исторические, социально-культурные, политические, психологические, религиозные и иные факторы, влияющие на сравниваемые правовые явления и процессы, специфичность процессов правотворчества и правоприменения в различных странах, процессов рецепции права, его унификации и гармонизации, особенности юридической техники в сравниваемых правовых системах, различное влияние международного права на национальные правовые системы<sup>2</sup>.

В зависимости от способов проведения сравнительно-правовых исследований выделяют **нормативное и функциональное сравнения**. Основанием для проведения нормативного сравнения является схожесть правовых норм, институтов и актов, в процессе нормативного сравнения выявляются уникальное и типичное, общее и особенное в нормативно-правовом регулировании общественных отношений путем формально-юридического анализа объектов сравнения. Нормативное сравнение было весьма плодотворным в отношении правовых систем континентальной Европы. Однако его использование стало менее результативным при сравнении правовых систем, имеющих существенные различия. Стало ясно, что внешне идентичные юридические термины не всегда имеют одно и то же значение в различных правовых системах, а схожие правовые нормы и институты могут выполнять различные функции. В этом случае возможность и целесообразность правовых сравнений следует связывать с функциональной схожестью, выполнением схожих задач правовыми институтами разных стран.

Основанием для осуществления функционального сравнения является определенная социальная проблема. Этот подход, автором которого считают немецкого юриста Э. Рабеля, является самым распространённым в современном сравнительном праве. Э. Рабель, будучи известным специалистом в сфере международного частного права сформулировал функциональный метод, исследуя коллизионные нормы различных правовых систем мира. Задача функционального сравнения заключается в том, чтобы сопоставив функции сравниваемых (однородных) объектов выявить сходства и различия не в сущности и не в структуре самих объектов, а в функциях, ими осуществляемых. Предметом изучения в данном случае являются

---

<sup>1</sup> Малиновский А. А. Методология сравнительного правоведения. // Вестник университета им. О. Е. Кутафина. 2016. № 3. С. 13.

<sup>2</sup> Там же. С. 15.

не нормы права (которые исследуются посредством нормативного сравнения), а их воздействие на общественные отношения<sup>1</sup>.

Содержанием функционального сравнения является количественный и качественный анализ функций. Качественный анализ состоит в поиске сходств и различий того, как сравниваемые объекты осуществляют одну и ту же функцию. Значительный интерес для исследователя имеет такая разновидность функционального сравнения как проблемное сравнение. Его суть состоит в выявлении и сравнении способов решения одних и тех же социальных проблем юридическими средствами в различных правовых системах. В частности, могут сравниваться пути решения проблемы отмены смертной казни, легализации однополых браков и т. д.

Функциональное исследование права требует учета экономических, политических, социальных и культурных условий его развития. Использование данного вида сравнения требует от компаративиста широких знаний и весьма трудно осуществимо, право может оказаться «размытым» в широкой социальной среде, поскольку, при функциональном сравнении следует учитывать роль, которую в правовом развитии играют различные факторы, а также философские и религиозные воззрения.

В связи с этим функциональное исследование чаще всего проводится научными коллективами, включающими представителей разных правовых традиций. Например, в США, в Корнельском университете было проведено сравнительно-правовое исследование правовой регламентации заключения договора в ее узком понимании, т. е. как процедуры оферты и акцепта. В нем участвовали специалисты из десяти стран. Руководил проектом Р. Шлезингер. Результатом такого функционального исследования стал двухтомный труд «Заключение договоров. Исследование общих начал в правовых системах»<sup>2</sup>.

Успешность сравнительно-правового исследования находится в прямой зависимости от правильного выбора объекта исследования и корректной постановки целей, применения комплекса методов, правильного определения признаков сравниваемых правовых феноменов. В процессе исследования должна выявляться степень сходства и различия юридических понятий и терминов различных правовых систем; осуществляться разработка и применение критериев оценки сходств, различий и несопоставимости правовых явле-

---

<sup>1</sup> *Jaluzot B. Méthodologie du droit comparé: bilan et prospective // Revue internationale de droit comparé. 2005. № 1 (Vol. 57). P. 40. URL: [https://www.persee.fr/doc/ridc\\_0035-3337\\_2005\\_num\\_57\\_1\\_19332](https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2005_num_57_1_19332) (дата обращения 19.09.2020).*

<sup>2</sup> *Власов В. И., Власова Г. Б., Денисенко С. В. Сравнительное правоведение: учеб. пособие. Москва: КНОРУС, 2016. С. 14.*

ний. Завершается сравнительно-правовой анализ определением результатов исследования и возможностей их использования.

### 1.3. Понятие и классификация правовых систем

Правовая система – главный объект изучения сравнительно-го правоведения. Правовая система – это совокупность правовых явлений, существующих в пределах государственно-образованного общества. Достаточно трудно выделить ключевые составляющие правовой системы, однако все теоретики согласны с тем, что правовая система более широкое понятие, чем система права. Основные компоненты правовой системы: материальное и процессуальное право; юридическая техника; правовая культура; система органов государственной власти с точки зрения их нормотворческих компетенций (особое значение имеет статус судебных органов и их влияние на процесс нормотворчества); правовая идеология государства (содержание правовой политики, правовой доктрины); система подготовки юридических кадров и юридическая практика.

Правовая система – это конкретно-историческая совокупность права (законодательства), юридической практики и господствующей правовой идеологии (А. В. Малько)<sup>1</sup>. Национальная правовая система – характерная для данного государства целостная совокупность действующих на его территории правовых норм, а также юридических органов, учреждений, организаций и правовой идеологии, обеспечивающих в процессе юридической практики, опосредованной правовой психологией, урегулирование общественных отношений в соответствии с объективными закономерностями развития общества (О. Ф. Скакун)<sup>2</sup>.

Тип (семья) правовых систем – совокупность национальных правовых систем, которые имеют общие черты, проявляющиеся в единстве закономерностей и тенденций развития на основе сходных правовых средств и явлений (правовых инструментов), постоянно действующих вследствие воспроизведения и использования людьми и их организациями (в т. ч. государством).

Р. Давид ввел в научный оборот понятие «правовая семья». Правовая семья – совокупность национальных правовых систем, объединенных общностью исторического формирования, структуры, источ-

---

<sup>1</sup> Правоведение: учебник / под ред. А. В. Малько. 5-е изд., испр. Москва: КНО-РУСС, 2010. С. 89.

<sup>2</sup> Караманцукян Д. Т., Червяковский А. В., Маручек А. А. Сравнительное правоведение в схемах, определениях, комментариях: учеб. пособие. Омск: Омская юридическая академия, 2014. С. 29.

ников, ведущих отраслей и правовых институтов, правоприменения, понятийно-категориального аппарата юридической науки<sup>1</sup>.

Важно определить критерии, признаки на основе которых можно национальные правовые системы объединить в правовые семьи. Они могут быть простыми (однозначными), сложными, правовыми (история развития права, правовые традиции, тип правопонимания, система источников права, система права, юридическая техника), цивилизационными (религия, идеология, традиции и обычаи, история развития общества и т. д.).

«Классифицировать системы права – значит выяснить, обладают ли определенные правовые системы общими чертами, достаточно важными и многочисленными, чтобы объединить их в одну категорию, одну семью, одну группу» – полагает французский правовед Р. Леже<sup>2</sup>. Классификация правовых систем – это и результат осуществления сравнительного правовых исследований и одновременно начало, основа для проведения нового исследования.

Рассмотрим наиболее известные и наиболее влиятельные классификации правовых систем современности, сгруппировав их по условному, национальному признаку.

*Французская классификация.* Р. Давид предложил следующие критерии: форма правового мышления (к примеру, с одной стороны, дедуктивное и абстрактное мышление романо-германского права, с другой – индуктивное и конкретное мышление общего права); структура права; техника толкования норм права; источники права; юридическая техника (терминология, специфика судебных решений, отношение к систематизации); правовая идеология (основные философские, политические и экономические принципы права). В результате Р. Давид выделил:

- «Западные» правовые семьи (романо-германская семья; семья общего права; социалистическое право);
- «Незападные» правовые семьи (мусульманское право; правовые системы Дальнего Востока (Китай, Япония);
- Правовые системы Африки и Мадагаскара, характеризующиеся соединением нового и традиционного права)<sup>3</sup>.

*Немецкая классификация.* Главным критерием, согласно К. Цвайгерту, Х. Кётцу является правовой стиль (совокупность определенных признаков) и его факторы: историческое происхождение и развитие правовой системы; господствующая доктрина

---

<sup>1</sup> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. Москва: Междунар. отношения, 1996. С. 18–27.

<sup>2</sup> Леже Р. Указ. соч. С. 99.

<sup>3</sup> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 18–27.

юридической мысли и ее специфика; выделяющиеся своим своеобразием правовые институты; правовые источники и методы их толкования; идеологические факторы. Они выделяют следующие правовые семьи (правовые круги):

- романская (Франция, Италия);
- германская (ФРГ, Австрия, Швейцария);
- северная (скандинавская) (Дания и т. д.);
- англо-американская или общего права;
- социалистического права;
- дальневосточная (Китай, Япония);
- исламского права;
- индуистского права;

– смешанного права, представляющее собой гибрид романо-германского и англо-американского права (Луизиана, Квебек, Пуэрто-Рико, ЮАР, Израиль, Филиппины, Греция, Китай и т. д.)<sup>1</sup>.

*Американская классификация правовых семей* (М. А. Глендон, М. Гордон, К. Осаке) основана на таком критерии как правовая традиция – совокупность глубоко укоренившихся в сознании людей и исторически обусловленных представлений о роли права в обществе, природе права и политической идеологии, а также об организации и функционировании правовой системы. В результате выделяются:

- нерелигиозные правовые системы (западное право (романо-германское, англо-американское, скандинавское), незападное право (азиатское, африканское); квазизападное право (социалистическое);
- религиозные правовые системы (мусульманское, еврейское, каноническое, право Хинду).

Фундаментальные черты западной правовой традиции:

- 1) определяющее влияние (наследие) римского частного права;
- 2) высокий уровень правовой культуры;
- 3) определяющее влияние канонического права католической церкви;
- 4) поддержание общего понятия правового государства, сформированного под влиянием философии естественного права<sup>2</sup>.

Остановимся на одной из наиболее влиятельных классификаций, предложенных российской наукой. Ю. А. Тихомиров предложил выделить:

- континентальную (романо-германская) правовую систему;
- систему общего права;
- социалистическое право;

---

<sup>1</sup> Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2 т. Москва, 1998. Том 1. С. 107–111.

<sup>2</sup> Караманукян Д. Т. Указ соч. С. 35.

- систему североевропейского права;
- латиноамериканскую правовую семью;
- правовые системы религиозно-нравственной ориентации (мусульманское право, африканская правовая семья, дальневосточная правовая семья);
- «кочующие» правовые семьи (юридические чужестранцы)<sup>1</sup>.

Все классификации национальных правовых систем имеют относительный характер. Во-первых, в правовых массивах одних семей присутствуют институты права, отрасли и даже правовые системы, относящиеся по своей природе и характеру к другим правовым семьям. Во-вторых, взаимное переплетение норм, институтов, правовых традиций и культур, лежащих в основе образования и деятельности одной правовой семьи с соответствующими нормами, институтами, правовыми и культурными традициями, составляющими основу других правовых семей. В-третьих, идет объективный процесс конвергенции или сближения романо-германской и англосаксонской правовых семей, а также так называемой рецепции американского права в Европе. В-четвертых, следует учитывать существование смешанных (гибридных) правовых систем, сочетающих элементы романо-германского и англосаксонского права. Наконец следует напомнить о процессе сближения правовых систем современности, глобальном, имеющем закономерный характер явления.

### **Вопросы для самоконтроля обучающихся:**

1. Какие существуют подходы к пониманию сравнительного правоведения?
2. Сколько выделяется этапов в истории компаративистики?
3. Какие функции присущи сравнительному правоведению как науке?
4. В чем отличия диахронного и синхронного сравнения?
6. Кто является основоположником учения о правовых семьях?
7. Какие критерии используются для классификации правовых систем?

---

<sup>1</sup> Там же. С. 37.

## Глава 2. Романо-германская правовая семья

### 2.1. Особенности формирования и развития романо-германской правовой семьи

Многие исследователи признают романо-германскую правовую общность самой древней и самой распространенной в мире правовой семьей. Она сформировалась в континентальной Европе, здесь и сейчас находится ее центр, несмотря на то, что вследствие экспансии и рецепции романо-германской правовой традиции многочисленные неевропейские страны присоединились к этой системе. Современная юридическая география романо-германской правовой семьи чрезвычайно широка. Она включает всю континентальную часть Западной Европы, многие страны Восточно-европейского региона, Латинскую Америку, большую часть Африки и Ближнего Востока, Индонезию и, по мнению некоторых исследователей, даже Японию и Скандинавские страны. Но поскольку ядром романо-германской правовой семьи являются национальные правовые системы, образовавшиеся в континентальной Европе на основе слияния римской, канонической и местной правовых традиций, эту правовую семью часто именуют «континентальная», что подчеркивает место ее возникновения. Термин «романо-германская» указывает на исторические корни национальных правовых систем данной правовой семьи.

Существование романо-германской семьи было признано лишь в совсем недавнее время в результате классификации правовых общностей мира, осуществленной выдающимися компаративистами после Второй мировой войны. До этого времени ученые, занимающиеся сравнительно-правовыми исследованиями, как правило, преимущественно изучали правовые системы стран европейского континента, при этом они, естественно, придавали большее значение различиям между ними, противопоставляя друг другу французское и германское право или скандинавское право, которые в действительности являются второстепенными по сравнению с существующим сходством между членами этой семьи. Не случайно понятие «континентальное право» было рождено в Англии и чаще всего используется английскими юристами, которые издавна противопоставляли «континентальное право» (называя его также «гражданское право») общему праву.

Вслед за Р. Давидом<sup>1</sup>, давшим блестящий очерк исторической эволюции романо-германской правовой семьи, в ее развитии принято выделять три периода:

1. Период «варварского» права (до XIII в.).
2. Период «университетского» (доктринального) права (XIII – XVIII вв.).
3. Период «законодательного права» (с конца XVIII в. – по настоящее время).

Главная особенность романо-германской правовой семьи состоит в ее исторических корнях (римское право стало матрицей ряда правовых систем, которые позже были объединены под названием «континентальное право»). Однако в период «варварского» права развитие римской правовой традиции остановилось, римское право применялось лишь в некоторых областях, оказав, например, влияние на становление канонического права, но господствовало обычное право, частично систематизированное в «варварских правдах».

До XIII в. лишь существовали отдельные элементы, на основе которых позже сложилась система права. Прежде всего, речь следует вести об обычном праве. Систематизация, юридическая компиляция, тем более комплексное изучение разнообразных племенных обычаев не предпринимались. К новым условиям были приспособлены отдельные источники римского права<sup>2</sup>.

Не сложилось и единой системы правосудия в этот период. Судебный процесс был основан на обращении к сверхъестественному с применением инквизиционной системы доказательств. В результате, пишет Р. Давид, не было смысла «знать и уточнять правовые нормы, если успех дела зависел от процедуры очищения, судебного испытания или просто от произвола местных властей». В этот период право существовало лишь формально, но реальное «господство его прекратилось»<sup>3</sup>.

Создание романо-германской правовой семьи связано с возрождением римского права, которое произошло в XII и XIII вв., а именно с возвращением изучения римского права в университетах. Юридическая наука, складывающаяся с начала XII в., была практически полностью основана на изучении римского права, в частности, на изучении «*Corpus iuris civilis*», свода римского гражданского права, составленного при византийском императоре Юстиниане Великом, известного также как «Свод Юстиниана» или «Кодифи-

---

<sup>1</sup> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 30.

<sup>2</sup> Марченко М. Н. Указ. соч. С. 269.

<sup>3</sup> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 30.

кация Юстиниана». Путем рационального анализа текстов, воспроизводимых в этом сборнике, преподаватели права различных школ разработали науку права. В XIII–XIV вв. это была школа постглоссаторов (комментаторов) (Якоб де Раван, Раймунд Луллий). Р. Луллий разработал метод выведения из общих принципов права его частных положений, внеся тем самым в юриспруденцию схоластические способы исследования явлений. Материалы, изложенные в глоссах, были систематизированы и приведены к определенному логическому порядку. Общим принципам права было придано универсальное значение<sup>1</sup>.

Романо-германская правовая семья изначально набирала силу и развивалась безотносительно тенденций усиления централизации власти и осуществления каких бы то ни было политических целей. Ее фундаментом с самого начала служила общность культуры и традиций западноевропейских стран. Основными средствами углубления и распространения идей, лежащих в основе романо-германского континентального права, стали европейские университеты. Именно в них впервые была осознана и проведена в жизнь идея рецепции римского права, его приспособления к радикально изменившимся условиям. Была выработана университетская концепция права, трактовавшая его как должное (то, что нужно делать), а не как сущее (то, что делается на самом деле).

Поскольку в большинстве стран в это время право находилось в хаотическом, неопределенном состоянии, не приобрело качество национального права, то построить преподавание права и университетскую науку на основе позитивного права было невозможно. И лишь римское право было пригодно для изучения. Кроме того, университетская наука обращена к праву во взаимосвязи с философией, теологией и религией, она указывает судьям, как решать дела на основе справедливости, предписывает правила, которым добропорядочные люди должны следовать в своем социальном поведении<sup>2</sup>. Таким образом, развивалась наука о праве как о должном поведении (естественное право). Параллельно развивалось и позитивное право, однако университеты не ориентировались на его изучение, а исходили из принципов и формул римского права. Римские максимы: «*Scribe leges non est verva tenere, sed vim ac mentem*» (Знание законов заключается не только в том, чтобы понимать их слова,

---

<sup>1</sup> Сравнительное правоведение: учеб. пособие / Е. Е. Амплеева, А. В. Еремин, Л. А. Харитонов, И. Л. Честнов; под ред. Е. Е. Амплеевой, И. Л. Честнова. Санкт-Петербург: Санкт-Петербургский юридический институт (филиал) Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации, 2017. С. 59.

<sup>2</sup> Там же. С. 34.

а в том, чтобы понимать их смысл), «*Lex specialis derogat generali*» (Специальный закон отменяет общий), «*Lex posterior derogat priori*» (Более поздний закон отменяет предыдущий), «*Expressum facti cessare tacitum*» (Ясно выраженное устраняет то, что подразумевается без слов). Национальное право начинает изучаться в университетах только в XVII в.

Преподавание римского права в университете претерпело определенную эволюцию. С определенного времени юристы стремились практически использовать римское право, приспособить его решения к новым условиям. Забота об уважении римского права уступает в университетах место стремлению установить и изложить принципы права, являющиеся во всех отношениях выражением рациональных начал<sup>1</sup>.

Роль университетской науки, правовой доктрины в становлении романо-германской правовой системы нельзя понять, не обратившись к понятию естественного права. Представители школы естественного права стремились найти, опираясь на римские тексты самые справедливые нормы, правила, соответствующие такому общественному порядку, который отвечает самой природе вещей. При этом они не претендовали на создание норм позитивного права, обязательного для применения. Школа естественного права видела в праве творение человеческого разума, она стремилась, подражая точным наукам представить право в форме логической аксиоматизированной системы, обладающей к тому же свойствами универсальности. Установка на создание всеобщего, неизменного для всех времен и народов права, укрепляющаяся в сознании юристов благодаря влиянию этой школы, наряду с прочими политическими и социально-экономическими факторами усилила тенденцию к слиянию местных и региональных обычаев. Выдвижение на первый план разума как силы, творящей право, подчеркивало новую важную роль закона в системе права и в дальнейшем открывало путь кодификациям законодательства.

Школа естественного права требовала, чтобы наряду с частным правом, основанным на римском праве, Европа выработала недостающие ей нормы публичного права, выражающие естественные права человека и гарантирующие свободу человеческой личности.

Таким образом, романо-германская правовая система – величественное здание, воздвигнутое европейской наукой.

Романо-германская правовая семья на ее первой, доктринальной стадии развития – проявление правовой культуры того време-

---

<sup>1</sup> Там же. С. 36.

ни. В сложных правовых случаях даже суды обращались за советами на юридические факультеты и мнение ученых учитывалось при вынесении судебных решений. Только в XVIII в. в ряде европейских государств появились запреты на обращения судов к юридическим факультетам. Постепенно стало складываться современное позитивное право, называемое иногда современным римским правом.

Третий период в развитии системы романо-германского права ассоциируется с усиленным развитием законодательства в европейских странах и кодификацией. Данный период, согласно принятой хронологии, продолжается и в настоящее время. На этапе становления романо-германской правовой семьи на первый план выдвигаются принципы и нормы права, которые представляют собой правила поведения, отвечающие требованиям буржуазной морали и справедливости. Право в целом подчиняется общим закономерностям экономики, прежде всего отношениям собственности, товарообмена, перехода от внеэкономического принуждения к экономическому. Основным источником права становится закон.

Характеризуя данный период в развитии системы романо-германского права как период законодательного права, Р. Давид не без оснований подчеркивал, что именно в этот период в Европе «впервые возник интерес к позитивному праву». Впервые стало допускаться, что «суверен может создавать право и пересматривать его в целом»<sup>1</sup>.

Кодификация позволила упорядочить действующее законодательство, избавиться от архаизмов. Она способствовала преодолению разрыва между правовой теорией и практикой. Кодификация стала знаком, указывающим на завершение процесса формирования системы романо-германского права. Во многих странах Европейского континента была проведена систематизация действующих законодательных актов, были приняты гражданские кодексы, а в последующем – уголовные, уголовно-процессуальные, административные, гражданско-процессуальные.

Судебная практика не оказала существенного влияния на формирование и развитие данной правовой семьи.

Рассматривая историю романо-германской правовой семьи, следует раскрыть вопрос о ее названии и географическом распространении. Географическое распространение романо-германской правовой семьи вне континентальной Европы обусловлено во многом фактором колонизации европейскими странами территорий на других континентах.

---

<sup>1</sup> Там же. С. 47–48.

## 2.2. Основные черты романо-германской правовой семьи

Романо-германскую правовую семью отличает ряд особенностей, которые во многом обусловлены влиянием римского правового наследия, органической связью с римским правом. М. Н. Марченко полагает, что «речь идет не столько о рецепции, «внедрении» норм римского права в систему романо-германского права, сколько о приспособлении и использовании в новых исторических условиях его основных идей, институтов, образа юридического мышления, подходов, правовых доктрин»<sup>1</sup>.

Характеристику романо-германской правовой семьи начнем с анализа его специфичной внутренней структурированности, которая значительно отличается от структуры англосаксонского права или права религиозного типа.

Современное романо-германское право по своей структуре подразделяется, во-первых, на публичное и частное, во-вторых, на отдельные отрасли. К сфере публичного права относится конституционное, административное и уголовное право. В свою очередь, к частному праву относится гражданское, семейное, трудовое право. Истоки деления права на публичное и частное в романо-германской правовой семье находятся в римском праве. На процесс деления норм права на публичные и частные оказывали влияние сложившиеся в конкретном государстве политические и правовые традиции, обычаи, уровень правовой культуры и др. Критерием такого деления является характер возникающих между субъектами отношений и особенность данных субъектов. Если в основе возникающей правовой связи лежит частный интерес, то мы говорим о частном праве. Нормы частного права регулируют правоотношения между физическими лицами в их правовом и имущественном положении, отношении друг с другом и отчасти с государственными организациями и общественными объединениями. Изначально частное право по отношению к публичному праву имело повышенный статус, долгое время оно было более развитым и совершенным, чем публичное право. Отсюда другое распространенное название романо-германской правовой семьи – семья гражданского (гражданского) права.

Усиление вмешательства государства в общественную жизнь, рост государственного аппарата способствовали развитию публичного права в XIX в. и в конечном итоге – разделению права на публичное и частное. В основе публичного права лежит обще-

---

<sup>1</sup> *Марченко М. Н.* Отличительные особенности романо-германского права // Вестник МГУ, 2000. № 1. Сер. 11. «Право». С. 27.

ственный интерес, т. е. «признанный государством и обеспеченный правом интерес социальной общности, удовлетворение которого служит условием и гарантией ее существования и развития»<sup>1</sup>. Подчеркнем, что интересы публичного характера – это не обязательно интересы государства, а «интересы, приносящие пользу всему обществу или значимые для отдельной социальной общности, имеющие не разовое, кратковременное действие, а служащие условием жизнедеятельности и развития общества (отдельных социальных общностей) и ориентированные на основные конституционные ценности»<sup>2</sup>. Нормы публичного права регулируют деятельность государственных органов, общественных организаций, правовой статус должностных лиц, отношения различных категорий населения с государством.

Следующая особенность романо-германской правовой традиции – более высокий уровень абстракции норм права по сравнению с нормами англо-саксонского права. Во всех странах романо-германской системы норму права понимают одинаково: как нечто среднее между санкционированным властью общим писанным правилом поведения и средством разрешения конкретной жизненной ситуации<sup>3</sup>. Такое положение нормы права в системе права определено исторически. Римское право достигло больших успехов в обобщении спорных правовых ситуаций. Хотя процесс типизации правовых отношений в период средневековья был прерван, на норму права все же установился общий взгляд. Характер нормы права был окончательно определен французской юридической школой, где новые правовые идеи строились на основе решений парламента, а не судебной практики. Позднее, в период кодификации, была решена проблема оптимальной обобщенности правовой нормы. Она стала не слишком казуальной и не излишне обобщенной, то есть позволяла решать конкретное дело, но не выходить за общие рамки правила поведения, описанного в норме. Абстрактная и общая норма права, выработанная во многом благодаря юридической науке, позволяет посредством юридического рассуждения, разрешать индивидуальные случаи и конфликты на основе общих норм, установленных законодателем. Абстрактность романской нормы права обеспечивает во всех правовых системах континентального типа единство правового регулирования максимально возможного числа

---

<sup>1</sup> Тихомиров Ю. А. Публичное право: учебник. Москва, 1995. С. 55.

<sup>2</sup> Морозова Л. А. Проблемы современной российской государственности. Москва, 1998. С. 87–93.

<sup>3</sup> Егоров А. В. Сравнительное правоведение. Минск, 2015. С. 92.

схожих жизненных ситуаций, а это в свою очередь обеспечивается формализованным порядком ее создания. Субъектом нормотворчества может быть представительный орган власти (парламент), правительство, другие органы государственной власти, которые формируют писаное право, следуя жестким процедурным правилам, но в особенности это касается процесса законотворчества.

Имеет данная правовая система свои особенности и в характеристике форм (источников) права. Все источники романо-германского права можно представить в виде двух групп: первичные источники (все нормативные правовые акты, правовые обычаи, а иногда и «общие принципы права»); вторичные источники (судебные прецеденты и правовые доктрины).

Законы традиционно выстраиваются в иерархическую систему, включающую нередко: консолидированную конституцию; конституционные законы, которые образуют неконсолидированную конституцию или вносят изменения в текст основного закона; органические законы, принимаемые в особом порядке квалифицированным большинством голосов депутатов; ординарные законы, принимаемые простым большинством. Важную роль играют и регламентарные акты, которые могут быть как первичного, так и вторичного правового регулирования. Первые принимаются по вопросам, которые не отнесены конституцией и конституционными законами к прерогативам законодательства. Вторые – подзаконные акты (административные циркуляры) принимаются органами исполнительной власти и ими же применяются.

Правовой обычай, согласно современной французской доктрине, является устаревшей формой права, поскольку он действует только тогда, когда закон прямо отсылает к нему. На немецкую юриспруденцию в ее оценке роли обычая в системе источников права по-прежнему оказывают влияние традиции исторической школы права, согласно которой право вырастает из обычаев и традиций народа. Представители немецкой юриспруденции исходят из равноправия обычая и закона в качестве источников права и допускают три варианта применения обычая: в дополнение к закону, в случае отсутствия позитивного права («кроме закона»), «против закона» (только судом) при противоречии с нормативными актами, если они вышли за пределы своей сферы.

Общие принципы права как источник права используются в виде общих формул закона (отсылка к принципам естественного права); общих принципов, не предусмотренных законом (злоупотребление правом, а также отношения, требующие правового регулирования в период действия режима чрезвычайного положения).

Доктрина судебного прецедента и сам судебный прецедент как явление в системе романо-германского права имеют специфические черты. М. Н. Марченко выделяет пять особенностей судебного прецедента:

1) многозначность самого явления в системе романо-германского права, именуемого прецедентом и, соответственно, его «континентальной» доктрины и понятия. Например, в современной Германии прецедент означает любое предыдущее судебное решение, имеющее какое-либо отношение к рассматриваемому делу. В Испании под прецедентом понимается предыдущее судебное решение, которое обязывает суды следовать ему при рассмотрении аналогичных дел и принятии всех последующих решений. Это понимание прецедента весьма близко классическому представлению о прецеденте, сложившемуся в системе общего права, с важным отличием – судья все же связан в своем решении статутным правом, а не прецедентом. Правовая доктрина современной Франции исходит из того, что прецедент как таковой это не что иное, как ранее принятое по сходному случаю или в сходных обстоятельствах с рассматриваемым делом судебное решение, которое не имеет обязательного характера;

2) вторичный характер относительно других источников права;

3) двойственное положение прецедента среди источников права, заключающееся, с одной стороны, в его официальном, формально-юридическом непризнании как формы права, а с другой, в его фактическом использовании как такового и, следовательно, в признании его реального существования;

4) «дифференцированный» своего рода «избирательный» характер применительно к различным отраслям права;

5) разнородность правовой основы в разных странах и дифференцированность подхода к признанию за прецедентом юридической силы<sup>1</sup>.

Доктрина как форма права официально не признается в странах континентального права, но роль трудов известных юристов нельзя недооценивать. Комментарии к действующему законодательству оказывают определенное влияние на законотворчество и судебную практику. «Доктрина если и не является правовым источником, то, по крайней мере, обладает огромным авторитетом. Именно доктрина обеспечивает синтез права, его критику, выявление правовых пробелов, а также содействует различным способам разработки законодательства»<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> *Марченко М. Н. Особенности судебного прецедента в системе романо-германского права // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения, 2016. № 1. С. 6–11.*

<sup>2</sup> *Леже Р. Указ. соч. С. 78.*

Основное различие между континентальной правовой традицией и традицией общего права заключается в их представлениях о праве. Континентальные юристы придерживаются научного подхода к праву. Они рассматривают право как систему, в то время как юристы общего права рассматривают право как совокупность прагматических ответов на различные социальные проблемы. Научный (доктринальный) подход к праву – важнейшее наследие римского права. Римская цивилизация действительно первой разработала юридическую науку. Римские юристы первыми изучили право с научной точки зрения. До них право всегда представлялось как совокупность конкретных правил или решений без логической связи между ними. В Риме впервые право было систематизировано. На основе изучения и обобщения правил и решений были выявлены общие и абстрактные принципы. Например, было выработано более абстрактное понятие договора на основе изучения и выделения разных видов сделки. Континентальный юрист стремится к обобщению и абстракции. Он пытается унифицировать правовые режимы. Этот идеал рационализации и систематизации права никогда не будет разделяться английскими юристами, у которых сложилась кардинально другая правовая традиция. Английский юрист, напротив, ориентируется на специфику каждой ситуации, не стремясь представить право в качестве системы логически взаимосвязанных между собой правовых явлений.

Еще в 1964 г. Р. Давид заметил, что одним из существенных различий между правовыми традициями и семьями права является способ производства норм<sup>1</sup>. Континентальные традиции и обычное право не являются исключением. Исторически они основывались на различных источниках права: закон для континентальной традиции и судебный прецедент для традиции общего права. Однако сегодня эта разница менее очевидна. В обеих традициях закон содержит нормы высшей юридической силы. Кроме того, во всех современных государствах парламенты и тем более административно-властные органы вырабатывают большое количество норм права, поэтому, как в континентальной Европе, так и в Соединенном Королевстве и Северной Америке законодательное право приобрело огромное значение. Обращение к закону больше не является прерогативой континентальной правовой традиции. В настоящее

---

<sup>1</sup> *Cuniberti G. Les caractéristiques prêtées classiquement à la tradition juridique continentale // Revue de l'ERSUMA: Droit des affaires - Pratique Professionnelle. 2014. № 3. URL: <http://revue.ersuma.org/no-special-idef-mars-2014/evaluation-du-droit-civil-et-du/article/les-caracteristiques-pretrees> (дата обращения: 15.07.2020).*

время в государствах «Common law» наблюдается законодательная инфляция, сопоставимая с этим процессом в государствах с романской правовой традицией.

И все-таки принципиальное различие сохраняется, закон является главным источником в странах, относящихся к континентальной правовой традиции, а судебная практика – источником исключительным, неофициальным. Р. Давид, характеризуя источники права континентальной правовой семьи, писал: «Закон в широком смысле слова – это, по-видимому, в наши дни первостепенный, почти единственный источник права в странах романо-германской правовой семьи. Все эти страны – страны писаного права. Юристы здесь прежде всего обращаются к законодательным и регламентирующим актам, принятым парламентом или правительственными и административными органами... Другие источники права в свете этого анализа занимают подчиненное и малозначимое место по сравнению с предпочитаемым классическим источником права – законом...»<sup>1</sup> Таким образом, несмотря на это неоспоримое сближение правовых семей, источники права продолжают характеризовать и различать две основные правовые традиции планеты.

В традиции общего права прецедентное право является принципиальным источником права и, соответственно, официальным источником права. В континентальной традиции классическая позиция – не считать судебный прецедент источником права. Однако сегодня классическая позиция оспаривается многими континентальными авторами. Но даже они не утверждают, что судебная практика может быть чем-то иным, нежели чем источником дополнительным, исключительным, выступающим на первом плане лишь в случае отсутствия принципиального источника – закона. Тем не менее, прецедентное право приобретает все большее значение в нормотворчестве континентальных государств. Формально юриспруденция не считается источником права в континентальной традиции. За судьей не признается никаких нормативных полномочий, он довольствуется толкованием. На практике вклад континентальных судов в установление норм имеет решающее значение, будь то уточнение содержания двусмысленных законодательных норм или формулирование права в ситуации молчания закона. По многим вопросам континентальный юрист теперь ссылается только на судебные решения для определения решения, закрепленного в правовом порядке. Поэтому, несмотря на официальную позицию, отрицающую статус источника права в судебной практике, высшие

---

<sup>1</sup> Давид Р., Жоффре-Стинози К. Указ. соч. С. 74–75.

суды Германии или Италии ссылаются на свои прежние решения. Даже если континентальные судьи официально не обязаны следовать прецедентному праву своих верховных судов, они знают, что их решения могут быть пересмотрены вышестоящим судом, если они не будут учитывать судебную практику.

Нельзя в связи с этим не упомянуть о значительной роли в правовом регулировании постановлений высших судебных органов в государствах романо-германской правовой семьи. Сегодня уже имеются примеры их признания официальным источником права. Основной закон Республики Казахстан (статья 4) в числе официальных источников права называет нормативные постановления Конституционного Совета и Верховного Суда Республики, Уголовный Кодекс Республики Казахстан конкретизирует конституционное положение, указывая, что нормативные постановления Конституционного Совета и Верховного Суда Республики Казахстан являются составной частью уголовного законодательства Республики Казахстан.

Тем не менее, до сих пор неизменным сохраняется положение особой значимости нормативного правового акта (закона) в системе источников права. Во всех странах романо-германской правовой семьи есть писанные конституции, правовые положения которых имеют высший юридический авторитет, реализуемый, в том числе в организации конституционного контроля. В конституционных актах определяется нормотворческая компетенция государственных органов, на этой основе строится иерархия нормативных правовых актов. В континентальной юридической доктрине и практике обычно выделяется три вида закона: кодексы, специальные законы (текущее законодательство) и сводные тексты норм.

Роль закона в романо-германском праве может быть охарактеризована следующим образом:

1. Приоритет закона в сфере позитивного права, закон образует основу, «скелет» правопорядка.

2. Закон не отождествляется с правом. «Смешивать право и закон и видеть в законе исключительный источник права – значит противоречить всей романо-германской традиции» (Р. Давид)<sup>1</sup>.

3. Принятие законов народом (посредством референдума) или законодательной ветвью власти – парламентом.

4. Иерархия законов и подзаконных нормативных актов, наличие писаной конституции как закона, обладающего высшей юридической силой. Виды и классификация законов могут отличаться в разных странах романо-германской правовой семьи.

---

<sup>1</sup> Там же. С. 74.

## 5. Судебный контроль за конституционностью законов.

Систематизации нормативных правовых актов в целом и в частности, кодификации, в континентальной правовой традиции придается огромное значение. Подавляющее большинство относящихся к ней государств кодифицировали значительную часть своих законов. Степень этой кодификации является переменной. В то время как некоторые государства (например, Франция) имеют огромное количество кодексов, другие приняли лишь небольшое число кодексов, охватывающих самые значительные сферы общественной жизни, традиционные вопросы. Например, Япония приняла лишь пять кодексов: Гражданский кодекс, Уголовный кодекс, Торговый кодекс и два процессуальных кодекса (Гражданский и Уголовный). Кодификационные работы часто вдохновлялись великими европейскими кодексами XIX в., особенно французскими и немецкими. Однако, с одной стороны, кодификация свойственна не только континентальной традиции. Многие штаты США имеют множество кодексов, иногда даже больше, чем любая страна, принадлежащая к континентальной традиции. А, с другой стороны, некоторые государства, принадлежащие к континентальной правовой традиции, вполне могут обходиться без кодексов. Как собственно Франция и Германия – две типичные страны романо-германской правовой семьи, были странами, подпадающими под эту традицию, еще до принятия своих кодексов.

Итак, кодификация нормативных правовых актов имеет особое значение в государствах континентальной традиции. Помимо того, что кодификация может иметь место в различных исторических обстоятельствах, она является неотъемлемой частью воплощения идеала согласованного, абстрактного, выверенного, рационального права. Кодекс – это отнюдь не простой инструмент, обеспечивающий доступность права, кодекс является или, по крайней мере, может быть инструментом континентальной юридической науки. В своей основе кодификационная работа всегда имеет фундаментальные основы, определение общих концепций, институтов и их системных связей и т. д. Наиболее ярким примером кодификации, поставленной на службу юридической науке является Германское гражданское уложение 1896 г. (*Bürgerliches Gesetzbuch* или *BGB*, более точный перевод – Гражданский кодекс Германии), подготовленное с учетом идей школы естественного права и в соответствии с принципами пандектной системы, является памятником юридической науки и превосходит в этом отношении французский Гражданский кодекс, составленный столетием ранее.

В качестве дополнительных характеристик романо-германской правовой традиции рассмотрим такие компоненты (прежде в российских работах не затрагиваемые) как особенности судебной практики, юридических профессий правовой системы<sup>1</sup>. Особенности судебной практики (судебного стиля) характеризуются, во-первых, краткостью, непространностью решений судей, в них практически никогда не выражается особое мнение. С одной стороны, подробность фактов дела не имеет такого значения, как в странах общего права, поэтому нет необходимости подробно их излагать, с другой стороны, развитое право континентальных стран содержит весьма значимый блок легальных дефиниций, на которые можно ссылаться весьма сжато. Кроме того, некоторые континентальные судьи (например, высшие французские суды) отказываются цитировать как свои предыдущие решения, так и раскрывать подробно доктринальные положения, что еще больше способствует сокращению объема решений. Однако некоторые континентальные судьи (например, высшие судебные инстанции Германии) могут включать в текст своих решений ссылки как на предшествующие судебные решения, так и на научные работы. Во-вторых, стиль изложения решений континентальных судей сугубо технический, малопонятный для непрофессионалов, поскольку изобилует ссылками на абстрактные правовые понятия. Они не стремятся сделать текст постановления суда приятным для чтения, как их англо-саксонские коллеги, и совсем невозможны в них элементы юмора.

Особенности юридических профессий континентальной правовой традиции резко отличают ее от других правовых традиций, особенно от традиций общего права. Во-первых, они жестко разделены, изменение юридической карьеры (адвокатской, судебной или научной) практически невозможно. В мире общего права разделение между юридическими профессиями менее четкое. Во-вторых, сама юридическая профессия существенно отличается от ее английского или американского эквивалента. Еще К. Цвайгерт и Р. Кетц утверждали, что, если судья является доминирующей фигурой в мире общего права, то именно университетский профессор в Германии и адвокат во Франции являются знаковыми юридическими профессиями<sup>2</sup>. Но основные черты юридических профессий, по-видимому, являются общими для различных систем континентальной традиции. Все-таки главный герой континентальной традиции – это профессор права, причем как в Германии, так и во Франции. Что каса-

---

<sup>1</sup> *Cuniberti G.* Указ. соч.

<sup>2</sup> Там же.

ется роли судьи в правовой системе, то ее можно понять, лишь усвоив, что континентальные судьи – это карьерные судьи. Из-за крайне низкой демократической легитимности за ним не признается никаких нормативных полномочий. Судья романо-германской правовой системы принадлежит к иерархически организованной группе, корпорации. Правосудие вершится анонимно, а особые мнения игнорируются. Иерархической континентальной модели правосудия противостоит «скоординированная» англо-американская модель. В иерархической модели правосудие является результатом деятельности группы, а не индивида, как в «скоординированной модели». Американские судьи подписывают свои мнения. Когда они не согласны с большинством, они пишут несогласные мнения, их решения персонализированы. Скоординированная модель допускает определенный судебный хаос, устанавливая принцип судебной конкуренции.

Университетские профессора – важнейшие участники континентальной правовой традиции. Их статус и значимость, безусловно, являются ее отличительной чертой. Это значение объясняется вкладом доктрины в становление этой правовой системы, в результате чего сложился правовой идеал, основанный на абстрактности, взаимоувязанности и строгости правовых норм.

Наконец, стоит сказать несколько слов об адвокатах. В целом в государствах континентальной традиции число адвокатов значительно меньше, чем в государствах, относящихся к традиции общего права<sup>1</sup>. Таким образом, число адвокатов в Великобритании более чем в два раза превышает число французских адвокатов и значительно превышает число немецких адвокатов, хотя население последней страны больше, чем население Франции и Великобритании. Таким образом, представляется, что страны общего права порождают гораздо большую потребность в услугах адвокатов. Одним из объяснений этому может быть более широкое присутствие государственной администрации в организации жизни в странах романо-германского права.

### **2.3. Различия национальных правовых семей в рамках романо-германской правовой семьи**

Несмотря на общие черты романо-германской правовой семьи, своеобразие правовых систем, относящихся к ней, позволяет в структуре данной правовой семьи выделить в определенной сте-

---

<sup>1</sup> Там же.

пени обособленные правовые группы: романскую (французскую), германскую, скандинавскую и латиноамериканскую.

Различие между указанными правовыми группами обнаруживается в вопросе влияния обычного и римского частного права на правовую систему, отнесение отдельных отраслей права (в частности, уголовного) к области публичного или частного права, роли судебной практики в процессе правового регулирования, особенностям кодификации законодательства, возможности делегированного правотворчества и т. д. Так, специфическими чертами романского права можно считать в основном влияние римского частного права, отнесение уголовного права к области частного права, наличие у исполнительной власти возможностей делегированного нормотворчества. В романской группе роль судебной практики исторически более высока, чем в германской группе. К особенностям кодификации в этой группе можно отнести использование институционной системы (на примере Гражданского кодекса Франции 1804 г.).

К особенностям германской подгруппы можно отнести большее влияние на правовую систему обычного права, меньшее значение судебной практики, наличие органа конституционного контроля, использование пандектной системы при кодификации (например, Германское гражданское уложение 1896 г.).

Своеобразие скандинавской группы обусловлено тем, что правовые системы данных государств не испытали на себе существенного влияния римского права, роль судебной практики значительно выше, чем в других странах континентальной Европы, кодификация права не применяется (исторические примеры кодификации, по сути, представляют собой не кодификацию, а консолидацию права).

Латиноамериканские страны в силу географической близости США испытали на себе влияние прецедентного права, особенности построения судебной системы США, что и позволило выделить их в самостоятельную подгруппу.

Наибольший интерес в рамках данного вопроса представляет уяснение отличий романского (французского) и германского права.

Если правовая система Франции складывалась в результате плавной трансформации средневекового, местного, обычного права в современное французское право, что обусловило сохранение средневековых правовых институтов, то складывающаяся в более позднее время правовая система Германии испытала по большей части влияние римского права, в процессе его вторичной, поздней рецепции. Французское право характеризуется сильнейшим влиянием естественно-правовой доктрины, в то время как классики немецкого правоповедения, в основном представленные исторической

школой права, подвергли естественно-правовую концепцию права критике. Во французской правовой системе регламентарные акты играют гораздо большую, значимую роль в правовом регулировании, порой подменяя собой законы. В немецком праве акты правительства являются исключительно подзаконными актами и издаются в рамках исполнения закона. На различия в правовых традициях оказывает влияние и форма государственного устройства: Франция – государство унитарное с единым законодательством, современное немецкое государство – федерация, в которой система законодательства имеет два уровня. Имеются отличия в организации конституционного контроля за законами – Конституционный Совет Франции осуществляет предварительный конституционный контроль за законами, принимаемыми парламентом, в Германии осуществляется последующий конституционный контроль за нормативными правовыми актами, а решения Федерального Конституционного суда ФРГ признаются в качестве источника права.

Общее для стран континентального права деление права на отрасли и разделы получает также различное воплощение.

Отрасли публичного права во Франции: конституционное право, административное право, финансовое право, международное публичное право. Отрасли публичного права в ФРГ: конституционное право, административное право, налоговое право, уголовное право, уголовно-процессуальное право, гражданско-процессуальное право, церковное право, международное публичное право.

Отрасли частного права во Франции: гражданское право, торговое право, гражданское процессуальное право, уголовное право. Отрасли публичного права в ФРГ: гражданское право, торговое право, законодательство о компаниях, авторское право, законы о конкуренции, международное частное право. Французского подхода к структурированию права придерживаются страны – Италия, Бельгия, Нидерланды. Ближе в этом отношении к Германии – Швейцария, Испания, Австрия.

Для завершения сравнительной характеристики сопоставим два великих юридических текста Франции и Германии – Французский Гражданский кодекс (Кодекс Наполеона) и Германское гражданское уложение, что позволит более выпукло и наглядно увидеть соответствующие различия. Напомним, что в основе их построения лежат разные принципы: институциональная система воплощена в Кодексе Наполеона; пандектная система, принцип построения нормативного материала, при котором общая и особенная части выделяются в отдельные разделы характеризует Германское гражданское уложение.

Французский Гражданский кодекс содержит 2281 статей, состоит из вводного титула и 3-х книг: книга первая – «О лицах», книга вторая – «Об имуществах и различных видоизменениях собственности», книга третья – «О различных способах, которыми приобретается собственность». Он не знает отдельной Общей части. Вводный титул небольшой по содержанию, в нем изложены правила, действия гражданских законов во времени и пространстве, а также некоторые правила, относящиеся к вступлению в силу и применению правовых норм. Кодекс написан литературным языком, четко, ясно и красноречиво.

Германское гражданское уложение состоит из 5 книг: книга 1 – «Общая часть», книга 2 – «Обязательственное право», книга 3 – «Вещное право», книга 4 – «Семейное право», книга 5 – «Наследственное право». Книга первая (Общая часть) состоит из 7 разделов:

- 1) лица;
- 2) вещи, животные;
- 3) сделки;
- 4) сроки;
- 5) исковая давность;
- 6) осуществление права, самозащита, самопомощь;
- 7) обеспечение интересов.

Стиль изложения правового материала кодекса характеризуется чрезвычайной абстрактностью, разработанностью юридической техники изложения, содержит много отсылочных статей, в целом он ориентирован на юриста-профессионала.

### **Вопросы для самоконтроля обучающихся:**

1. Почему романо-германская правовая семья имеет такое название?
2. На правовые системы каких стран римское право не оказало существенное влияние?
3. В чем различия между институционной и пандектной системами кодификации?
4. Какое значение имеет обычай в романо-германской правовой семье?
5. Какие правовые группы выделяются в рамках романо-германской правовой семьи?

## **Глава 3. Англосаксонская правовая семья (семья общего права)**

### **3.1. История развития правовой семьи общего права**

Основоположники сравнительного системного подхода к изучению права (среди первых были американец Рудольф Шлезингер, французы Рене Давид и Марк Ансель, позже немцы Конрад Цвайгерт и Хайн Кётц) на рубеже 1960–1970-х гг. совершили прорыв в правовой науке. Они создали новое направление сравнительно-правовых исследований, выделили и проанализировали различные правовые общности прошлых веков и современности, назвав последние семьями или системами. Они иногда, а российские ученые в целом последовали за ними, использовали понятия правовой системы и правовой семьи как синонимы (семья ведь тоже определенная система). В российской науке эти понятия принято различать. Словосочетание «правовая система» используется в научной литературе для обозначения совокупности правовых явлений, существующих в пределах отдельных государств. Термин «правовая семья» относится к группам государств (правовым общностям).

Сравнительными правоведами того времени проделана огромная работа по классификации национальных правовых систем или иначе говоря по формированию юридической карты мира. Исследователи предлагают разные варианты классификаций, но всегда выделяется и более того включается в число великих правовых систем современности – англо-саксонская или семья общего права.

Мир англосаксонского (общего права) включает в себя: Англию, где родилось понятие «общее право» или Common Law, Ирландию, США, большинство стран бывшей Британской империи. Но он не является однообразным. Большинство этих стран начали свое правовое развитие путем прямой рецепции английского права, но сильно отклонились от него. Во многих из них существует смешанное право, где традиции общего права сосуществуют с традициями романо-германского или даже обычного права. Не имея возможности рассмотреть этот мир в деталях, в данной главе сосредоточимся в основном на английском общем праве – матери общего права, «нашей леди» по выражению Фредерика Поллока – правоведа начала XX в. Понять особенности этой правовой семьи невозможно без знания ее истории, именно истории английского права, которое оказало огромное влияние на развитие семьи англосаксонского права в целом. Мы должны рассмотреть этапы этой исто-

рии. В российской науке прижилась периодизация истории английского права, предложенная Р. Давидом. Он выделял 4 периода:

1. Англосаксонский период (500–1066 гг.);
2. Период становление общего права (1066–1485 гг.);
3. Расцвет общего права и его соперничество с правом справедливости (1485–1832 гг.);
4. Период сосуществования общего права и права справедливости с быстро развивающимся статутным правом (1832 г. – по настоящее время)<sup>1</sup>.

Рассмотрим их содержание детальнее.

В период 500–1066 гг. лишь формируются предпосылки, отдельные элементы будущего права. Четыреста лет господства римлян до начала V в. существенного воздействия на правовое развитие Англии не оказали. У обосновавшихся здесь варварских племен германского происхождения (англов, саксов, датчан и др.) сохранились свои правовые обычаи.

Для развития рассматриваемой правовой системы наиболее важен второй период (1066 г.), когда Англия была завоевана норманнами и 1485 г. – дата упрочения династии Тюдоров. Норманнское завоевание привело к установлению сильной королевской власти, в т. ч. судебной. Уже Генрих I (1100–1135 гг.) значительно расширил круг дел, подсудных королю. Однако основателем общего права считается Генрих II (1154–1189 гг.).

Общее для всей страны, утверждающееся право являлось королевским (созданным под покровительством короля), судебным (созданным судебной практикой), процессуальным (с приоритетом не материального, а судебного права) и публичным (с основным вниманием к публичному праву и почти полностью игнорируемым частным правом).

То, что единое (общее) право взамен разнородных правовых обычаев было сформировано судебными решениями, может быть объяснено только исторически. В стране действовало несколько видов судов. В случае возникновения спора лицо могло обратиться: в местный суд, в котором применялось обычное право; в церковный суд, в котором споры решались на основе канонического права; в городской суд, применявший купеческое право; в суд барона; в королевский суд. Королевские суды отличало то, что они действовали по всей стране. Сначала они переезжали за королем, попутно решая споры. Позже судьи стали жить в одном из районов Лондона, откуда выезжали для судебных разбирательств. Поскольку в каж-

---

<sup>1</sup> Давид Р., Жоффре-Стинози К. Указ. соч. С. 209.

дой местности, куда они приезжали, действовали местные обычаи, то судьи при принятии решения стремились их учитывать. Возвращаясь в Лондон, судьи обсуждали рассмотренные дела, сравнивали принятые решения, что способствовало выработке общей позиции по аналогичным делам. Английский исследователь Э. Дженкс отмечал, что «нельзя точно определить, как сформировалось общее право. Каким-то путем, который не может быть точно определен, королевские судьи, встречавшиеся между своими разъездами в Лондоне для рассмотрения дел в централизованных судах... и Вестминстере, пришли к соглашению о необходимости слить различные местные обычаи в общее или единое право, которое могло бы применяться по всей стране»<sup>1</sup>.

Общее право – правовая система, сложившаяся в Англии в XIII–XIV вв. на базе местных обычаев и обобщения практики королевских судов и признающая основным источником права судебный прецедент.

Третий период – период расцвета общего права и его соперничества с правом справедливости (начался с 1485 г. и продолжался до 1832 г. – года проведения судебной реформы).

Начиная с XIV в. частные лица, не имея возможности добиться решения в королевских судах или будучи недовольными решением, вынесенным по делу, обращались к королю и просили его из милости решить их дело «по совести», «по справедливости». Таково происхождение названия «право справедливости». Сначала подача жалобы осуществлялась через лорд-канцлера, который по своему усмотрению мог передать ее на рассмотрение в королевский совет. Со временем лорд-канцлер стал разрешать дела самостоятельно от имени короля и совета. Так появился суд канцлера («суд справедливости»). Судопроизводство «справедливости» было более гибким и подвижным, чем общее право, поскольку лорд-канцлер при вынесении решений мог руководствоваться своей совестью, т. е. внутренним убеждением, принципами римского и канонического права.

Поясним на примере: наследник, указанный в завещании, убил наследодателя, но заявил о своих правах на наследство. Судья общего права при рассмотрении дела должен руководствоваться нормами права (прецедентами). Правило 1. (Прецедент общего права) – завещатель имеет право распорядиться своим имуществом. Суд, следуя прецеденту, должен укрепить в правах убийцу. Правило 2. Гражданскому суду запрещено дополнять уже принятые отри-

---

<sup>1</sup> Богдановская И. Ю. Эволюция судебного прецедента в «общем праве» // Право. Журнал Высшей школы экономики, 2010. № 2. С. 80.

цательные последствия и наказания за преступления, поскольку лишение наследства – это дополнительные отрицательные последствия. Следуя этому правилу, суд также вынесет решение об укреплении убийцы в имущественных правах. Но справедливо ли такое решение? И лишь третье начало (справедливости) – никто не должен извлекать выгоды из совершенной им несправедливости, что может позволить суду принять решение о лишении наследства убийцы, т. е. справедливое решение.

К концу XVII в. появилась необходимость урегулировать противоречия между общим правом и правом справедливости, поскольку последнее стало не только дополнять общее право, но и конкурировать с ним. С этого времени установлен запрет на расширение юрисдикции суда лорда-канцлера за счет вестминстерских судов, запрет на создание иных судов, не зависящих от вестминстерских судов.

Таким образом, в третий период возник дуализм английского права, двойственная структура англосаксонского права (общее право и право справедливости), а также началась разработка методики прецедентного права. Началось формирование централизованной иерархической судебной системы, сложилось влиятельное юридическое «сословие», в котором ведущее место занимали практики, основным институтом, организующим деятельность, включая обучение, стали так называемые судейские общины, четыре из них были наиболее влиятельными в Англии.

Обратимся к четвертому периоду (1832 г.), последнему, который, по общему мнению, продолжается до настоящего времени. Это период окончательного формирования общего права и права справедливости, их сосуществования с быстро развивающимся статутным правом (законодательством) и приспособления его к радикально меняющейся (государственной) среде (повышение роли парламента, усиление государственной администрации и т. п.). В литературе обычно отмечается, что в самом начале этого периода были осуществлены довольно радикальные правовая и судебная реформы. Была проведена огромная работа по расчистке законодательства, освобождению его от архаичных, давно не действующих актов. В ряде областей английского права целые массивы нормативных актов подверглись консолидации. Наконец, была разработана теория прецедента.

Огромнейшее значение имеет судебная реформа (1873–1875 гг.), в ходе которой все суды были уравнены в правах. Было ликвидировано формальное различие между судами общего права и канцелярскими судами справедливости. При этом все суды полу-

чили возможность применять как нормы (прецеденты) общего права, так и нормы (прецеденты) права справедливости.

Следует запомнить, что английское право обрело как бы тройную структуру: общее право (основной источник), право справедливости (дополняющее и корректирующее этот основной источник) и статутное право (писаное право парламентского происхождения).

В этот период английское право было воспринято как образец, модель за пределами Англии. Началась мировая экспансия общего права.

Этап активной рецепции английского прецедентного права сменился этапом становления в каждой из стран собственного прецедентного права. Однако, по словам австралийского ученого А. Кастлеса, вокруг английского неписаного права сформировалась особая правовая культура. Это культура, в которой судьи наравне с законодателями признавались выразителями права. Чувство единства правовой культуры среди юристов стран «общего права» столь сильно, что в одном деле английский судья извинился перед коллегами из Новой Зеландии за то, что применил понятие «иностранный» к праву их страны<sup>1</sup>.

Судебный прецедент, сыграв историческую роль в формировании и развитии правовых систем «общего права», постепенно меняет свое положение в системе источников. Суды создают не столько новые судебные прецеденты – новые нормы, сколько прецеденты толкования статутного права.

Итак, английское право (вместе с ним и вся правовая семья) развивалось по трем путям: путем формирования общего права «Common law», дополнения его правом справедливости «Equity Law» и через толкование статутов «Statute Law». Исторические обстоятельства сформировали характерные черты этой правовой системы и правовой семьи в целом, которые мы рассмотрим в следующем разделе.

### **3.2. Отличительные черты правовой семьи общего права**

Рассмотрим отличительные черты правовой семьи общего права, те особенности, которые в той или иной степени свойственны каждой национальной правовой системе в нее входящей, но как и прежде в большей степени будем иметь ввиду – английское право.

Начнем с такой особенности как приоритет процессуального права над материальным. Если формирование романо-германской правовой семьи тесно связано с историей юридической науки, то генезис семьи общего права тесно связан с историей правосудия.

---

<sup>1</sup> Там же. С. 81.

Будь то в Англии или в ее колониях, ставших независимыми как в США, Австралии, Новой Зеландии, но все еще сохраняющих культурное единство, общее право по-прежнему создается судьями. Уважение к праву, которое распространяется на судей, ученых судей, часто выше, чем в романской семье, что является предметом гордости англосаксов. Если на континенте интересуются, как регламентирована нормативными правовыми актами жизненная ситуация, то в Англии, в каком порядке она может быть рассмотрена, для того, чтобы прийти к правильному судебному решению. Общее право, прецедентное право – это право преимущественно судебное или процессуальное. Это система права, которая считает, что принципы правовой нормы устанавливаются судьями, а не законом «Judge made Law».

Добавим к этой особенности – особенности структуры права. Она отличается от привычной российскому юристу – юристу романо-германской правовой семьи. Не сложились в развитой форме отрасли права, нормы права объединяются в институты. Тем не менее существуют базовые отрасли английского права: 1. Договорное право – совокупность норм, регламентирующих отношения частных лиц, касающиеся заключения соглашений различного рода. 2. Право собственности. 3. Деликтное право – совокупность норм, регулирующих ответственность частных лиц за причинение своими действиями вреда частным лицам. 4. Уголовное право – совокупность норм, определяющих основания и порядок судебного преследования лиц, нарушающих уголовно-правовые запреты.

В английском праве отсутствует деление права на частное и публичное. Оно делится на общее право и право справедливости. Это не значит, что общее право и право справедливости являются аналогами частного и публичного права. Это лишь говорит о неправильном представлении, что в английском праве нет больших разделов, они есть, но иные, нежели чем в континентальной правовой системе, сложившиеся исторически. В современных условиях общее право включает вопросы уголовного, договорного, гражданского-деликтного права, а в области права справедливости решаются вопросы о недвижимости, доверительной собственности, торговле, наследстве и т. п.

Среди источников права – статутов (законов и подзаконных актов), правовых обычаев, юридической доктрины и др. – главным источником англо-саксонской правовой семьи выступает судебный прецедент, носящий индивидуальный (казуистический) характер. Признание судебного прецедента в качестве источника права позволяет суду выполнять правотворческие функции вне зависимости от того, существует соответствующий закон или нет. Рассматривая судебные споры, английские

судьи следуют своим предыдущим решениям. Для изучения и анализа сложившейся судебной практики в помощь судьям выпускают ежегодники, которые в дальнейшем становятся прообразом судебных отчетов. В Англии насчитывается около 800 000 прецедентов и каждый год прибавляется 2 000 новых судебных решений, что составляет 300 сборников по внутреннему и европейскому праву.

Норма общего права носит казуистический (индивидуальный) характер, так как она является «моделью» конкретного решения, а не результатом законодательного абстрагирования от отдельных случаев.

Английское общее право развивалось в результате юридической практики, а не в результате научных юридических изысканий. Речь идет о судебной практике преимущественно, поэтому суды занимают особое положение в системе государственных органов. Судьи, обладая подлинной независимостью от парламента и правительства, могут выносить решения против государства. В качестве примера можно вспомнить о знаменитом деле Сомерсет против Стюарта (известное также как дело Сомерсета) – это решение Суда королевской скамьи Великобритании в 1772 г., в котором говорилось, что признание рабов движимым имуществом не поддерживается общим правом в Англии и Уэльсе. В суде рассматривался вопрос, может ли человек, невзирая на то, является ли он рабом или свободным человеком, быть выслан из Англии против воли. Хотя работорговля была узаконена для частных лиц английским парламентом в 1698 г., судья лорд Мансфелд пришёл к выводу, что любой человек не может быть выслан из Англии против воли. Таким образом, раб, не пожелавший выехать из Англии за своим владельцем, получил возможность остаться в Англии. Право собственности на рабов как движимое имущество впервые публично не было поддержано, что ознаменовало одну из важных вех в кампании аболиционистов.

Мы всегда должны помнить, что право – развивающееся явление. Сегодня в странах англо-саксонского права существует важная тенденция – законодательство как источник права постепенно занимает более важное, чем ранее место в правовой системе.

Для правовой семьи общего права не характерна кодификация, т. е. сведение в одном законодательном акте всех норм, имеющих сходный предмет правового регулирования.

На первом месте в праве находятся не обязанности, а права человека и гражданина, защищаемые прежде всего судом.

Научные исследования строятся на подробном анализе существующих прецедентов, что практически делает их комментариями к судебной практике, которыми руководствуются и судьи.

### 3.3. Источники права в правовых системах общего права

Понятие «источник права» или «форма права», используемое в системе англосаксонского права, в значительной мере совпадает с аналогичным понятием, употребляемым в ряде других правовых семей, в частности в системе романо-германского права. Формы права – это способ выражения воле государственной воли, юридических правил поведения, способ объективирования правовых норм.

В правовых системах стран общего права наряду с прецедентами, о чем много уже было сказано, существуют и другие формы права. Среди них – закон, делегированное законодательство, обычаи, правовые доктрины и «судейский разум».

Среди источников англосаксонского права законы занимают важное место. В Англии и Канаде их называют статутами, а в большинстве других стран общего права просто законами. Иногда в понятие закона (в широком смысле) наряду со статутами «включают» и все другие законодательные акты.

*Статут* – это принятый в установленном порядке парламентом акт и получивший согласие монарха (утверждение статута сегодня уже не королевская прерогатива, а конституционная обязанность). В Великобритании, где нет писаной конституции и, как следствие, органа конституционного контроля, который бы мог признать статут ничтожным, парламент обладает суверенитетом в вопросах законодательства. При отсутствии деления законов на органические и ординарные он принимает статуты простым большинством голосов при наличии кворума. Однако несмотря на формальное отсутствие ограничений, законодатель не может вносить изменения в прецедентное право, которое формируется судами. Таким образом, он может лишь создавать «новое право».

Статуты принято классифицировать по содержанию на пять групп (в этой классификации мы хорошо увидим, что статуты действуют в той сфере, где прецедент и обычай не могут быть инструментом регулирования): статуты, реформирующие право (например, Акт о конституционной реформе 2005 г.); консолидирующие статуты, объединяющие ранее принятые законы в один без изменения содержания, часто с целью объединить все поправки к действующему законодательству; кодифицирующие статуты, в которых объединяются нормы статутного и общего права, а также положения права справедливости, относящиеся к одному институту (Акт об уголовной ответственности за покушение на совершение преступления 1981 г.), при этом области права, находящиеся в становлении и развитии, не могут быть предметом подобного статута (например, обязатель-

ства из неосторожного причинения вреда); налоговые стату­ты, принимаются ежегодно и фактически представляют собой финансовые акты, на основании которых формируется бюджет; текущие стату­ты, принимаемые для решения текущих вопросов (Закон об арендной плате, например, принимается по мере необходимости).

С 1965 г. в Англии и Шотландии действует правовая комиссия, состоящая из пяти членов для обобщения законодательства с целью его систематизации, развития и реформирования. Цель комиссии – добиться того, чтобы остались стату­ты, содержащие только действующее право.

Особенностью правовой системы Англии является наличие актов делегированного законодательства, которые в отличие от стату­тов, считаются законодательными инструментами или вторичными актами. Но вместе со стату­тами они составляют блок «писаного права». Их появление обусловлено практикой парламента передавать свои законодательные полномочия исполнительной власти. Среди актов делегированного законодательства, высшей юридической силой обладают приказы монарха в Совете, которые, по сути, есть акты правительства, издающего их от имени монарха.

Объем издаваемых актов весьма значителен и многократно превышает количество стату­тов, принимаемых в тот же период. Парламент наделяет полномочиями на издание правовых норм также отдельных министров и департаменты правительства. Эти акты принято называть стату­тными документами. Развитие делегированного законодательства породило проблемы соотношения стату­тов и стату­тных документов, развития контроля за делегированным законодательством, чтобы оно не противоречило стату­тному праву.

*Обычай и правовой обычай в системе источников общего права.* Существует множество различных определений понятия обычая и разных представлений о нем, каждое из них по-своему «вписывается» в логическую структуру англосаксонского, равно как и любого иного права.

В основе общего права изначально лежали обычаи. Но по мере развития права прецедентов, стату­тного права, как и во всем мире, роль обычая уходит на второй план. Тем не менее обычай по-прежнему признается в качестве формы права. Обратим внимание на признаки обычая, так как они выработаны в этой правовой системе:

1) древность обычая, т. е. обычай должен быть известен «с незапамятных времен»;

2) непрерывность обычая означает, что субъекты права непрерывно следуют ему;

3) разумность обычая предполагает, что он не противоречит общепризнанным в обществе представлениям о добре и зле, правильном и неправильном;

- 4) нормативность обычая – обычай порождает не только права, но и обязанности;
- 5) определенность и ясность обычая;
- 6) локальность обычая;
- 7) естественное происхождение обычая, обычай не возникает в силу договоренностей, предписаний или распоряжения властей;
- 8) непротиворечивость обычая – обычай не должен порождать взаимоисключающие права;
- 9) подзаконность обычая – обычай не должен противоречить статутам.

*Правовая доктрина.* В академическом и практическом плане «правовая доктрина» выступает как учение, как научная и философская теория, как система идей и взглядов, наконец, как «руководящий теоретический или политический принцип». Нередко она представляется также в виде совокупности «ведущих положений и принципов», заложенных в основу механизма регулирования отношений, возникающих внутри отдельных социальных групп или же в рамках всего общества.

Правовая доктрина содержится прежде всего в научных работах. Английское право допускает использование в суде ссылки на научные публикации выдающихся юристов, таких как: Ранулф Глэнвилл, Генри Брактон, Эдвард Кук, Уильям Блэкстон, Метью Хэйл, Уолтер Беджгот и Альберт Дайси. Авторитет публикаций напрямую зависит от отсутствия судебных отчетов. Большим авторитетом пользуются работы, написанные до появления доступных отчетов. Последней «старой» работой считается «Комментарии к английским законам» У. Блэкстона<sup>1</sup>. На работы современных юристов можно также ссылаться в судах, их цитируют в судебных решениях, правда, они имеют значение «убедительного прецедента» при не слишком строгом соблюдении правила не использовать труды правоведов при их жизни.

Среди источников англосаксонского права в качестве самостоятельного источника нередко выделяется разум или разумность. Когда это основание берется для вынесения решения, то оценивается, проверяется вероятность совершения неких действий и поступков не конкретным лицом, а средним человеком, разумным, нормальным. Т. е. разумно – правильно в представлении многих.

Однако, безусловно, был и остается юридический прецедент основным источником англосаксонского права.

---

<sup>1</sup> Сравнительное правоведение: учеб. пособие / Е. Е. Амплеева, А. В. Еремин, Л. А. Харитонов, И. Л. Честнов; под ред. Е. Е. Амплеевой, И. Л. Честнова. Санкт-Петербург: Санкт-Петербургский юридический институт (филиал) Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации, 2017. С. 49.

Истинное значение прецедентного характера английского права заключается в том, что прецедентное право является естественным источником права. Оно – главное, а закон – исключение. Это не означает, что нормы права статистически чаще имеют прецедентный характер или что судебная норма иерархически выше нормы закона. Это означает, что вмешательство законодателя исторически является исключением. Закон не претендует на полноту, английский закон предельно точен в определении вопроса, который он намерен регулировать. То, что не будет подпадать под сферу его применения, будет оставлено прецедентному праву. Поэтому не может быть и речи о расширении сферы действия закона без указания на это законодателя. Закон сознательно опирается на корпус уже существующих прецедентных норм. Особая связь между законом и судебной практикой высвечивается в случае отмены закона, тогда в силу вступает вновь норма прецедентного права, закон не может упразднить ее полностью, а лишь до тех пор, пока он будет действовать.

Две наиболее крупные правовые семьи в мире (романо-германская и общего права) традиционно расходятся именно в вопросе о признании судебной практики источником права. Со времен римского права судебное правоположение признавалось источником права, если оно подтверждалось несколькими судебными решениями. То, что суды в течение определенного времени следовали выработанной ими же позиции, позволяло надеяться, что и в дальнейшем они будут ее придерживаться. Проверка временем являлась лучшим доказательством обоснованности введения правоположения и гарантией его стабильности. Из такого подхода вытекало, что только несколько судебных решений могут устанавливать правоположение. В результате выработывалось понятие «устоявшаяся судебная практика».

Однако правовые системы романо-германской правовой семьи, провозглашая преемственность традиций римского права, все же выбрали писаное право. В отношении деятельности судов они приняли концепцию *res judicata*, согласно которой судебное решение является обязательным только для сторон, участвующих в деле. Судебное решение было признано юридическим фактом<sup>1</sup>.

Формирование прецедентного права (право, состоящее из норм и принципов, созданных и применяемых судьями в процессе вынесения решения) заняло несколько веков и завершилось признанием принципа обязательности прецедента (*stare decisis*). Правовой принцип «*Stare Decisis*» – стоять на решенном, придерживаться того, что было решено.

---

<sup>1</sup> Богдановская И. Ю. Указ. соч. С. 74.

Принцип обязательности («принудительности») прецедента является традиционным для системы общего права. Данный принцип окончательно закрепил за судьями обязательство следовать решениям судов, имеющим по закону статус вышестоящих (действие принципа прецедента по вертикали). Вышестоящие суды обязаны следовать своим предыдущим решениям (действие принципа прецедента по горизонтали). В Англии он окончательно установился лишь в начале XIX в., когда была создана более четкая судебная система, были подготовлены более полные и качественные сборники прецедентов. В США, Канаде, Австралии и других странах общего права этот принцип закрепился значительно позднее. К тому же требования, предъявляемые к нему в этих странах, являются менее жесткими.

Принцип прецедента обосновал общеобязательный характер судебного решения не только для сторон, участвующих в деле, тем самым обозначив окончательный отказ от принципа *res judicata*.

Принцип обязательности не исчерпывает содержание доктрины (или правил) применения прецедента. В доктрину прецедента, сформированную еще в XVIII–XIX вв. английскими юристами, входят также положения о том, что: только принцип (норма), обосновывающий судебное решение, является обязательной частью (*ratio decidendi*), которая послужит прецедентом для следующего судьи; не ставшее основой приговора мнение (попутно сказанное – *Obiter dictum*), не является судебным мнением, не имеет обязательной силы; если в основу решения легли два довода, то оба являются обязательными при рассмотрении последующих аналогичных дел.

Как неписаная норма судебный прецедент имеет особенности применения. Множество существующих судебных прецедентов предоставляют возможность юристам выбрать прецедент, подходящий к конкретному делу. Выбор производится на основании сопоставления фактов, лежащих в основе рассматриваемого дела и дела, по которому был вынесен прецедент. Еще одна особенность связана с невозможностью определения точной даты вступления его в силу, поскольку неписаная норма формулируется в течение неопределенного времени. На определенной стадии можно говорить точно, что норма (прецедент) существует, но сложно точно установить, когда она начала существовать.

Имеются сложности в опубликовании прецедентов. Издание судебных отчетов продолжает оставаться делом отдельных компаний, следствием чего является разнообразие неофициальных изданий. Они лишь помогают судьям в построении их рассуждений, но не предоставляют готовую норму. Такие издания могут не охва-

тывать все прецеденты, что на практике приводило к дискуссиям, можно ли ссылаться на неопубликованные прецеденты.

Для контроля над ситуацией в странах «общего права» были созданы специальные советы. В Великобритании с 1865 г. действует Инкорпорированный совет по судебным отчетам, который контролирует наиболее авторитетное издание прецедентов (The Law Reports).

Существенные изменения в систематизацию судебных прецедентов внесла компьютеризация, облегчившая поиск судебных прецедентов.

В странах «общего права» длительное время существовала проблема доступа к решениям, не включенным в судебные отчеты.

Еще одна проблема в правоприменении связана со специфическим соотношением права и факта. Судебный прецедент в силу особенности формирования имеет обратную силу. Несмотря на то, что Конституция США прямо запрещает обратную силу (*ex post facto*), суды при толковании данного положения пришли к выводу, что оно касается только статутного права.

Таким образом, мы рассмотрели в общих чертах влиятельнейшую в мире англосаксонскую правовую семью. Но не будем забывать о том, что в условиях современной глобализации происходят процессы конвергенции (смешения) различных правовых традиций, а также их конкуренция.

В завершении взглянем на эту правовую семью с точки зрения ее достоинств, преимуществ и недостатков. Очевидные достоинства англосаксонской семьи, обусловленные ее прецедентным характером могут быть выражены в таких чертах как гибкость, оперативность, связь с повседневной жизнью, быстрое приспособление права к изменяющейся обстановке. И недостатки также обусловлены прецедентным характером права – казуистичность нормативного массива, недостаточная определенность права, несистематизированность нормативного массива. Все это создает неудобство работы для потребителей правовой информации, особенно для рядовых граждан.

### **Вопросы для самоконтроля обучающихся:**

1. Какие компоненты включает в себя англосаксонская правовая семья?
2. Каковы истоки и эволюция общего права и права справедливости?
3. Что такое *ratio decidendi*?
4. Что такое статут и какова его роль в англосаксонской правовой семье?

## **Глава 4. Религиозная правовая семья**

В отличие от классических западных правовых семей (континентального и англо-саксонского права) религиозная правовая семья не представляет собой такого внутреннего единства. Этим понятием охватывается группа правовых систем, в основе которых лежат различные религиозные учения. Чаще всего понятием религиозной правовой семьи охватывается мусульманское, индуистское, иудейское право. Общим началом, позволяющим хоть и с определенной степенью условности, но объединить эти правовые системы в одну общую группу является то, что в них право, как автономный социальный регулятор не существует в чистом виде, а тесно переплетено с религиозными, нравственными, традиционными нормами и ценностями. Более того, правовые нормы подчиняются в иерархии религиозным установлениям. Еще одной общей чертой правовых систем, входящих в религиозную правовую семью является то, что основу регулирующего воздействия на поведение человека составляет не идея прав и свобод, а идея обязанности, долга.

Следует, однако, обратить внимание, что в чистом виде религиозная правовая семья не сохранилась к настоящему времени. Правовые системы стран, образующих данную группу, испытывают на себе большое влияние континентального права с его писаными конституциями, кодификацией и разветвленной системой законодательства, а также общего права с развитой прецедентной системой.

Для раскрытия особенностей религиозной правовой семьи требуется изучение специфики каждой из групп правовых систем – индуистского, иудейского и мусульманского права.

### **4.1. Индуистская правовая система**

Географически данная система охватывает собой территорию современной Индии, Пакистана, Бирмы, Малайзии, также восточное побережье Африки – Танзания, Уганда, Кения. Ключевым в данном случае является не территориальный, а национальный и религиозный фактор – правовая система распространяется на индусов, основу жизни которых образует система ценностей и норм индуизма. Многие религиозные учения имеют различные толки, ответвления. В индуизме эта черта наиболее ярко выражена. В нем нет единой религиозной догмы (из индуизма выделились такие течения как сикхизм, вайшнизм, джайнизм, буддизм и др.). Тем не менее в основе индуизма лежат несколько основополагаю-

щих принципов, которые оказали влияние на социальную организацию индусского общества и его нормативную систему:

1. Принцип перерождения души (сансара). Согласно данному принципу душа после смерти может перерождаться в новые тела. Круг перерождений может быть бесконечным и зависит от того, находится ли душа в тесной связи с физическим телом и материальным миром или достигает высшей степени самопознания (нирвана), которая является выходом из данного круга.

2. Закон кармы. Перерождение души происходит на основании закона кармы – предопределенности каждой новой жизни поступками человека в прошлой жизни. Согласно данному закону, все хорошие и плохие поступки человека закладывают основу для его социального положения, условий жизни в будущем перерождении. Если человек в данной жизни беден, занимает низшее положение в обществе, это обусловлено негативными кармическими последствиями прошлой жизни.

3. Кастовое деление общества. Закон кармы определяет изначальное неравенство людей от рождения. Каста представляет собой обособленную группу людей, объединенных родом деятельности и занимающих определенное положение в социальной иерархии индийского общества. Тысячелетняя история индийского общества характеризуется существованием большого количества каст, которые объединялись в четыре основные группы – брахманы (жрецы, священнослужители, ученые, позже – чиновники), кшатрии (воины), вайшья (купцы, земледельцы, владельцы скота), шудра (ремесленники, слуги). Кастовая система в силу обозначенного закона кармы носила жесткий, замкнутый характер. Переход человека из одной касты в другую был невозможен, независимо от заслуг человека. В кастах действовал принцип эндогамии – недопустимости заключения брака с представителями других (особенно, более низших) каст. Принадлежность к касте определялась наследственным принципом. Такая система сохраняла свое существование вплоть до середины XX в., до момента обретения Индией своей независимости. В 1949 г. в Индии принимается Закон о действительности браков, который легализовал возможность заключения брака, независимо от принадлежности к определенным кастам, а индийская Конституция 1950 г. на высшем законодательном уровне упразднила кастовую систему. Несмотря на это, в сельской местности, где роль обычаев и традиций всегда высока, кастовое деление общества и связанные с этим ограничения и запреты де-факто сохраняют свое значение и в настоящее время.

В истории развития индуистского права можно выделить три этапа – классический, колониальный и современный.

Классический этап характеризуется тем, что соционормативная система индийского общества представляла собой единство различных социальных регуляторов и выделить из ее состава источники и нормы сугубо правового характера невозможно.

Вся соционормативная система фокусируется на трех ипостасях, которые должен постигать человек на протяжении своей жизни:

– артха – достижение богатства, благосостояния, знаний и искусства управления людьми;

– дхарма – достижение праведности, соблюдение моральных и религиозных принципов и обязанностей;

– кама – достижение чувственных удовольствий, желания и наслаждения.

Из указанных трех компонентов наиболее тесную связь с традиционными представлениями о правовых нормах имеет дхарма, представляющая собой единство правовых, религиозных, морально-нравственных установлений.

Источниками классического индуистского права являются веды – сборники религиозных песен, молитв, гимнов, созданных около II тысячелетия до н. э. Из самих вед сложно выделить конкретные правила поведения. Поэтому в дальнейшем конкретизация ведических установлений получила развитие в произведениях индийской литературы «смрити», что в переводе с санскрита означает «дарованная мудрость». Смрити в большей степени представляли собой свод религиозных обрядов и магических действий, которые надлежит совершать индусам.

Следующий этап развития индуистского права – появление дхармасутр – первых произведений, которые содержали в себе предписания, касающиеся поведения человека по отношению к представителям своей касты, других каст, поведению к животным. Позднее положения дхармы нашли отражение в более обширных сводах правил – шастрах. Дхармашастры представляют собой авторитетные социальные трактаты, которые были признаны государственной властью. Одной из наиболее известных дхармашастр являются Законы Ману.

Колониальный этап развития индуистского права связан с английской экспансией и постепенным внедрением английского прецедентного права. Индусское право данного периода испытывало на себе влияние классического индусского права, мусульманского и английского общего права. В Индии не существовало религиозных судов, при этом сформированные английские суды не отвергали укоренившихся норм и традиций индийского общества. Однако

применение дхармашастр было затруднено объективными причинами незнания английскими судьями санскрита. В тех областях общественной жизни, которые составляли непосредственный интерес для английских колонизаторов, английское право быстро пришло на смену индуистскому праву (право собственности, обязательственные правоотношения). Процессуальное и уголовное право было кодифицировано по английскому образцу (в 1859–1861 гг. принимаются Уголовный, Уголовно-процессуальный и Гражданско-процессуальный кодексы). По вопросам, касающимся личного статуса, семьи, брака, наследования, кастового деления сохраняли силу местные обычаи и сохранившиеся постулаты дхармашастр.

Современный этап развития индуистского права, как мы уже отмечали выше, связан с обретением Индией независимости в 1947 г. В первую очередь, этот процесс привел к появлению писаного законодательства, трансформации традиционных устоев индусского общества – упразднению кастовой системы, запрету полигамии, уравниванию в правах брачных и внебрачных детей, законодательной легализации разводов. В области наследственного права были расширены права женщины, в результате чего произошло уравнивание статуса женщин со статусом мужчин.

Современное индийское право вбирает в себя черты континентального, английского прецедентного и классического индуистского права. Влияние континентального права выразилось в принятии Конституции, законодательства (например, Закона о браке в 1955 г., Законов о несовершеннолетних и опекунстве, об усыновлении и наследовании в 1956 г.). Английское прецедентное право сохраняет свое значение при регулировании имущественных отношений (однако в области общинного землевладения применяется классическое индуистское право). Собственно индуистское право сохранило свое значение при регулировании вопросов, относящихся к области личного статуса, семейных и наследственных отношений, в частности:

- семейно-правовые вопросы заключения и расторжения брака, рождения детей и их статуса, опекунства и усыновления, раздела и наследования имущества;
- общественные вопросы, связанные с религиозными вопросами и общественным пожертвованием;
- вопросы общественного характера – дамбупат (институт защиты должников), бенами (определенный аналог доверительной собственности в английском праве, института представительства), преимущественное право покупки, передача имущества по завещанию;

- кастовое право;
- вопросы государственного и общинного землевладения.

## 4.2. Иудейское право

По сравнению с другими правовыми системами иудейское право имеет ярко выраженный локальный характер, представляет собой систему религиозных, нравственных и правовых норм, регулирующих общественные отношения внутри еврейской общины, исповедующей иудаизм. В территориальном плане иудейское право всегда было локализовано территорией исконного проживания евреев (Израиля). Несмотря на то, что данная правовая система не имеет такого широкого распространения, как другие системы, вклад иудаизма в дальнейшее развитие христианской западной цивилизации и своеобразие данной системы вызывает традиционный интерес в сравнительно-правовой науке.

Историческое развитие иудейского права неразрывно связано с формированием иудаизма как религии. Отправной точкой считается библейский сюжет об Аврааме – основателе еврейского народа, который уверовал в единого Бога и увел свой народ от других семитских племен, являвшихся язычниками. Формирование еврейского народа и иудаизма связывают с именами трех праотцов – Авраама, Исаака и Иакова. Основной духовной идеей является признаваемая связь отцов рода с Богом и таким образом, постулируемая идея о богоизбранности еврейского народа.

На протяжении своего становления иудаизм как религия и образ жизни еврейского народа отвоевывал свое право на существование. Так, по распоряжению Царя Иосии (639–609 гг. до н. э.) была осуществлена централизация культа в Иерусалиме и устранены другие языческие культы. Еврейский народ был вынужден, борясь за право на существование, стать замкнутой религиозной общиной. Идея богоизбранности и замкнутость еврейской общины привели к запрету ассимиляции евреев с другими народами. Именно эти обстоятельства во многом обусловили устойчивость иудейского права как специфической правовой системы. Несмотря на то, что на протяжении двух тысячелетий, вплоть до середины XX в. еврейский народ не имел своей государственности, ему удалось сохранить самобытность своей религиозно-правовой культуры. Таким образом, спецификой иудейского права можно считать:

- во-первых, его ярко выраженный локально-национальный характер;

– во-вторых, основу этой системы составляет иудаизм, покоящийся на принципах единоверия, богоизбранности еврейского народа.

В отличие от индуизма, иудаизм признается религией, уделяющей существенное внимание не вопросам космического мироздания, осознанности, а поведению человека в повседневной жизни. Исходя из этого, постулаты иудейского права являются более конкретными и определёнными. Но в то же время, как и другие религиозные правовые системы, иудейское право представляет собой сплав религиозных предписаний, моральных и правовых норм. Совокупность норм, имеющих правовой характер, именуется «галаха». В широком смысле галаха представляет собой свод правил, регулирующих религиозную, общественную и семейную жизнь евреев, в узком смысле – представляет собой именно иудейское право.

#### *Источники иудейского права.*

Основу иудейского права составляет Библия, точнее ее Ветхозаветная часть. Ветхий Завет изначально существовал в древнегреческом и древнееврейском варианте. Последний включал в себя три отдела. В первую очередь, основополагающим источником признается Тора (Закон Моисея, Пятикнижие Моисея), охватывающая собой пять книг Ветхого завета – Бытие, Исход, Левит, Числа, Второзаконие.

Второй отдел – Невиим (Пророки) включает в себя 21 книгу. Третий отдел – Писания (Кетубим) включает 13 книг. Первые буквы трех отделов (Тора, Невиим, Кетубим) образуют название еврейской Библии – Танах («К» заменяется на «Х»). Первый Танах появился в I в. н. э. На протяжении столетий положения Танаха признавались священными и незыблемыми.

Тора занимает особое место и признается Писанным законом еврейского народа. Вместе с тем, не все вопросы жизни нашли отражение в Торе и нуждались в дальнейшей трактовке. Так было обосновано наряду с Писанным законом существование Устного закона, который Бог передал Моисею на горе Синай. Устный закон подлежал передаче из уст в уста. Положения Торы и Устного закона нуждались в толковании раввинами в целях адаптации к жизненным условиям. В начале III в. н. э. палестинским раввином Йегудой Ганаси были систематизированы комментарии к Торе и Устному закону в единый сборник – Мишна, который стал еще одним источником иудейского права. Мишна характеризуется более высокой систематизацией юридических норм. Если ранее отдельные вопросы необходимо было отыскивать во всех трех отделах Танаха, то сейчас материал был систематизирован по шести разделам:

1. «Семена» – раздел, посвященный сельскохозяйственным работам;
2. «Времена» – раздел, посвященный праздникам и особым дням для почитания дням;
3. «Женщины» – раздел, посвященный семейным отношениям, порядку заключения брака, имущественным отношениям, возникающим при заключении и прекращении брака;
4. «Ущерб» – десять трактатов, охватывающих собой гражданское и уголовное право;
5. «Святыни» – раздел, посвященный жертвоприношениям и порядку отправления культа в Храме;
6. «Чистоты» – раздел, посвященный вопросам ритуальной чистоты.

Помимо Мишны как наиболее систематизированного свода комментариев были созданы также комментарии к отдельным книгам Торы (Сифри, Мехилта). К самой Мишне позднее были созданы комментарии и уточнения (Тосефта).

На протяжении веков изучение и толкование Мишны привело к необходимости новой систематизации накопленных комментариев. Так вначале появился Иерусалимский Талмуд, а затем – Вавилонский Талмуд. Талмуд считается наиболее всеобъемлющим источником иудейского права. В структурном плане Талмуд включает в себя две части – Мишна и Гемара. Сначала излагаются положения Мишны, а затем к ним приводятся комментарии создателей Талмуда – Гемара. Гемара не ограничивалась рационалистическими комментариями, а могла переходить в песни, молитвы, притчи, шутки и пр. Исходя из таких особенностей интерпретационного процесса в Талмуде выделяется две части: упоминаемые нами ранее Галаха (правовые установления) и Агада (морально-нравственные постулаты и фольклор).

Мишна и впоследствии Талмуд преследовали цель растолковать положения Торы. Процесс данной интерпретации мог происходить двумя путями: либо посредством буквального анализа текста Торы, либо путем проникновения в глубинную суть предписания (интерпретация, получившая название «мидраш»).

После создания Талмуда интерпретация положениям Торы давалась в раввинской литературе, которая также признается источником иудейского права. Наиболее авторитетные произведения, созданные в средневековье – «Мишнэ Тора», «Шулхан арух».

Следует отметить, что Талмуд, раввинская литература, практика интерпретации мидраш стали источниками права, которые находили

свое непосредственное применение в практической жизни, тогда как положения Торы воспринимались как священные предписания.

Наряду с этими религиозными произведениями источниками иудейского права признаются также обычаи еврейской общины.

В вопросе об исторических этапах развития иудейского права мнения специалистов расходятся. Так, Р. Дуглас выделяет пять этапов:

- эпоха левитов (до 612 г. до н. э.) связана с деятельностью служителей древних еврейских культов и формированием «Второзакония» (Закон Моисея);

- эпоха фарисеев (II век до н. э.). Фарисеи пытались толковать основополагающий источник иудейского права – Тору (Пятикнижие Моисея) исходя из сложившихся социальных условий жизни еврейского народа, который утратил свою самостоятельность и находился под властью Римской империи. Деятельность фарисеев неоднократно изобличается в Новом Завете (не признаваемом в иудаизме);

- эпоха толмудистов (до XVIII в.). Данный период характеризуется строгим соблюдением правил и норм, содержащихся в Талмуде – втором по значимости источнике иудейского права. Принцип недопустимости ассимиляции еврейского народа особо соблюдался именно в этот период.

- промежуточный период эмансипации евреев (XIX в.)

- сионистский период (с начала XX в. – по настоящее время) – период более активного применения иудейского права раввинскими судами, его адаптации к современным условиям, вплетение в правовую систему современного Израиля<sup>1</sup>.

Другие авторы к историческим вехам развития иудейского права относят:

- период его зарождения (период Авраама, Исаака, Иакова);

- послевавилонский период, когда иудаизм окончательно оформляется в замкнутое религиозное учение (период связывается с деятельностью законоучителей Ездры и Нехемии (ок. 444 до н. э.);

- появление Талмуда (VI в. н. э.) – свода религиозных, правовых и догматических положений, развивающих и конкретизирующих иудейское вероучение, содержавшееся в Пятикнижии Моисея;

- раввинистический период (VI – XVIII вв.) – массовое расселение евреев привело к росту еврейских общин, которыми управляли раввины (с иврита – учителя). Замкнутость еврейских общин приводила к росту антисемитского движения, которое в Средние

---

<sup>1</sup> Дуглас Р. Спор о Сионе. Москва, 1993. С. 74–77.

века обосновывалось враждебностью иудаизма к христианской религии.

– в конце XVIII в. в результате Французской буржуазной революции, провозгласившей широкие права и свободы, в том числе, свободу вероисповедания, евреи приобретают равный с европейцами правовой статус<sup>1</sup>. В этот период начитается трансформация иудаизма, его отказ от жестких ритуальных предписаний и сближение с христианско-протестантским вероучением. В конце XIX в. формируется сионизм – национально-политическое движение, ставившее целью возрождение еврейской государственности с центром в Иерусалиме. С этого периода в иудаизме формируется два противоположных течения – одни евреи в результате социокультурной ассимиляции становятся связанными с местом своего проживания, культурой соответствующей страны. Другие, ортодоксальные еврейские общины, продолжают принцип недопустимости ассимиляции, изоляционизма.

– современный этап развития иудейского права связан с созданием государства Израиль и формированием его правовой системы (1948 г. – по настоящее время).

### **4.3. Мусульманская правовая система**

Мусульманская правовая система по сравнению с другими религиозно-правовыми системами охватывает наибольшее количество стран и сохраняет свое актуальное значение во многом и по настоящее время.

Формирование данной правовой системы исторически связано с зарождением ислама как религии, которая основывается на двух постулатах – «нет Бога кроме Аллаха, Мухаммед – пророк его». Эти постулаты предопределили в иерархии источников мусульманского права главенствующую роль Корана и Сунны (подробнее о них речь пойдет позже).

Нередко мусульманское право называют также шариатом, что является не совсем верным. В буквальном смысле шариат – путь правоверного мусульманина, охватывает собой систему религиозных, нравственных, правовых норм и традиций, которым должен следовать мусульманин. Таким образом, понятие шариата намного шире, чем система юридических правил. Шариат состоит из двух частей – принципов веры (акид) и права (фикх). Фикх (мусульман-

---

<sup>1</sup> Бехруз Х. Сравнительное правоведение. Учебник для вузов. Одесса, 2008. С. 206.

ское право в подлинном смысле) определяет поведение мусульманина по отношению к другим себе подобным (муамалат) либо отношению к Аллаху (ибадат).

Особенностью мусульманского права является то, что в отличие от других религиозных правовых систем, в которых религиозные источники права соседствовали с иными писаными юридическими источниками, мусульманское право длительное время (вплоть до XIX в.) не знало никакой светской, юридической альтернативы.

В классической форме мусульманское право отличается от западных правовых систем в двух основных отношениях. Во-первых, сфера действия мусульманского права намного шире, поскольку регулирует отношения человека не только с другими людьми и государством, что является пределом для большинства других правовых систем, но также и с Богом и с собственной совестью. Ритуальные практики, такие как: ежедневные молитвы (намаз), раздача милостыни (закят), пост (саум) и паломничество (хадж) являются неотъемлемой частью шариата.

Мусульманское право также представляет собой неразрывную связь религиозных, этических и правовых установлений, определяет не только круг прав и обязанностей мусульманина, но также то, как он должен поступать в соответствии со своей совестью. Соответственно, одни действия классифицируются как достойные похвалы (мандуб) (их выполнение приносит божественную милость, а упущение – божественную опалу), а другие – как заслуживающие порицания (макрух), что имеет противоположные последствия. Однако ни в том, ни в другом случае нет никаких юридических санкций в виде наказания или вознаграждения, недействительности или действительности. Таким образом, шариат – это не просто система юридических предписаний, но и всеобъемлющий кодекс поведения, охватывающий как частную, так и общественную деятельность.

Второе важное различие между мусульманским правом и западными правовыми системами является следствием исламской концепции закона как выражения божественной воли. Считается, что любое человеческое творение (в т. ч. и правовые установления) имеет в своей основе божественный промысел.

Становление и развитие мусульманского права связано с деятельностью пророка Мухаммеда, его потомков и последователей, политическим процессом развития арабской государственности и формированием судебной системы. Также не малую роль в становлении мусульманского права оказали исламские юридические школы.

Для первой мусульманской общины, основанной пророком Мухаммедом в Медине в 622 году, Коранические откровения установили основные стандарты поведения. Но при этом Коран вряд ли можно считать юридическим актом в буквальном смысле слова, поскольку лишь около 10 % его стихов касаются юридических вопросов. При жизни Мухаммед, как верховный судья общины, решал правовые проблемы по мере их возникновения путем толкования и расширения общих положений Корана, тем самым устанавливая правовую традицию, которая должна была продолжаться после его смерти.

При политических преемниках Мухаммеда мусульманское государство расширяло свою территорию, становилось более сложным в административном управлении. С присоединением новых территорий возникала неизбежная необходимость соотношения норм мусульманского права с обычаями, законами, действовавшими на данных территориях. С назначением судей (кади) в различные провинции и округа возникла организованная судебная система. Кади отвечали за применение норм административного и налогового права, они перенимали правовую традицию, нормы и институты римско-византийского и персидско-сасанидского права, внедряя их в исламскую правовую практику на завоеванных территориях. В отдельных случаях, по усмотрению кади, судебные решения непосредственно основывались на положениях Корана. Однако зародившаяся в период Мединана традиция строгого следования кораническим установлениям постепенно утрачивалась с расширением сферы судебной деятельности.

Поскольку религиозные постулаты, зафиксированные в основополагающих источниках – Коране и Сунне, являются неизменными, а жизнь ставит перед людьми все новые вопросы, на которые прямого ответа в этих фундаментальных источниках нет, ключевую роль стало приобретать толкование религиозных источников мусульманскими юридическими школами (мазхабами). По справедливому замечанию А. Х. Саидова, в мусульманском праве правовая наука, а не государство выполняет роль законодателя<sup>1</sup>.

Мусульманская юриспруденция известна как фикх (буквально «понимание»). Начиная со второй половины VIII в., устная передача и развитие этой науки уступили место письменной юридической литературе, посвященной исследованию сути божественного закона и надлежащей методологии его вывода и обоснования.

---

<sup>1</sup> Саидов А. Х. Указ. соч. С. 299.

В разных регионах Арабского халифата развивались различные региональные правовые традиции, которые воспроизводились в учебных кружках или халках (названных так, потому что учитель, как правило, сидел на возвышении или подушке, а ученики собирались полукругом перед ним). Наиболее активные учебные кружки были обнаружены в Хиджазе (регион на западном побережье Аравийского полуострова) и Ираке, хотя кружки в Сирии и Египте также сыграли свою роль. С появлением письменной правовой культуры возникала возможность более широкой трансляции правовых знаний, что предопределяло необходимость их систематического изложения, соотношения с учениями и толками других региональных течений. Письменная фиксация доктринальных положений приводила к более быстрому распространению правовых знаний за пределы первоначального формирования правовой школы. В результате локус школьной идентичности сместился с мест на лиц, ответственных за их разработку и кодификацию. В частности, школа Медины стала ассоциироваться с Маликом ибн Анасом (умер в 795 г.), самым выдающимся юристом Медины в конце VIII в. и стала известна как школа Малики, а школа Куфа превратилась в школу ханафитов, получившую название после его величайшего юриста, современника Малика Абу Ханифа (умер в 767 г.).

В VIII в. региональные правовые школы столкнулись с необходимостью соотношения сформированных в данных школах учениях и правовых традициях с систематизированными отчетами о высказываниях и действиях пророка Мухаммеда (хадисах). Мусульманские школы и до этого ссылались на известные изречения пророка, но их широкомасштабный сбор и распространение означало, что школы столкнулись с доселе неизвестными пророческими традициями, которые противоречили их устоявшимся позициям. В различных школах эта дилемма разрешалась по-разному. Маликитский и Ханафитский мазхабы придавали большее значение своим региональным традициям в разрешении этого противоречия, в то время как два юриста, основатели школы следующего поколения – Мухаммад ибн Идрис аль-Шафии (умер в 820 г.) и Ахмад ибн Ханбал (умер в 855 г.), стремились превзойти местничество, отдавая приоритет аутентичным традициям пророка. Ахмад ибн Ханбал опирался как на пророческие традиции, так и на мнения ранних мусульманских правоведов. Идрис аль-Шафии, напротив, отверг предполагаемый прецедентный авторитет региональных правовых традиций и ранних юристов в целом. Вместо этого он предложил систему, в которой Коран и жизнеописание пророка Мухаммеда (Сунна) были единственными авторитетными источниками права,

а затем разработал инструментарий методов для систематического выведения правовых норм из источников и распространения этих правил на области, непосредственно не охваченные законодательством. Важным элементом этого инструментария были рассуждения по аналогии (кийас).

Настойчивость Идрис аль-Шафии в важности Сунны как источника права вызвала большую активность в сборе и классификации хадисов, особенно среди его собственных сторонников, которые сформировали шафиитскую школу и последователей Ахмада ибн Ханбала, которые сформировали ханбалитскую школу.

Тезис Идрис аль-Шафии лег в основу классической теории истоков юриспруденции, которая кристаллизовалась в начале X в.. В поисках ответа на юридическую проблему юрист должен сначала обратиться к Корану и хадисам, содержащимся в Сунне. Если в божественном откровении не может быть найдено никакого конкретного решения, юрист должен использовать аналогию (кийас) или определенные вспомогательные принципы рассуждения, такие как истихсан (юридическое усмотрение) и истислах (рассмотрение благосостояния).

Откровенно плюралистическая система, философия равного авторитета различных школ выражена в предполагаемом изречении пророка о различии во мнениях среди общины как знаке милости Бога. За пределами четырех школ суннитского ислама стоят группы шиитов и ибадитов, чьи версии шариата значительно отличаются от версий суннитов. Шиитское право, в частности, выросло из принципиально иной политико-религиозной системы, в которой правители или имамы считались боговдохновенными и, следовательно, глашатаями самого Бога. Наиболее известная шиитская правовая школа была основана Джафаром ас-Садыком (702–765 гг.). Джафаритский мазхаб расходится с суннитскими правовыми течениями в вопросах следования положениям Сунны, иджитхада (возможности формирования иджмы), взглядах на кийас как источник права. Так, джафариты признают только те хадисы пророка, которые включены в «четверокнижие», право на создание иджмы признается только за представителями рода пророка Мухаммеда. Джафар ас-Садык не признавал значения кийаса, полагая, что в Коране и Сунне есть предпосылки для ответа на любые жизненные вопросы, поэтому нет необходимости в субъективных умозаключениях богословов-правоведов. Вместо кийаса джафариты предложили свой метод – акль (использование методик на основе разумного выведения выводов из предписаний Корана и Сунны).

С географической точки зрения разделение между различными школами стало достаточно определенным, поскольку суды кади в разных областях стали приверженцами доктрины одной конкретной школы. Таким образом, ханафитская школа стала преобладать на Ближнем Востоке и на Индийском субконтиненте; маликитская школа – в Северной, Западной и Центральной Африке; шафиитская школа – в Восточной Африке, южных частях Аравийского полуострова, Малайзии и Индонезии; школа Ханбали – в Саудовской Аравии; джафаритская – в Иране и шиитских общинах Индии и Восточной Африки; школа Ибади – в Занзибар, Оман и некоторых частях Алжира.

Вопрос о системе источников мусульманского права решается по-разному в различных мазхабах. Но есть четыре основных источника на которых основывается мусульманское право: Коран, Сунна, иджма, кийас.

Коран представляет собой священную книгу мусульман, божественное откровение, открытое людям Аллахом через пророка Мухаммеда. В первую очередь Коран является религиозно-нравственным источником, содержит систему основополагающих ценностей и обязанностей, которым должен следовать правоверный мусульманин. Как мы уже отмечали ранее, число юридических норм незначительно. При этом правовые императивы (честно заниматься торговлей, не предлагать взятку, исключать ростовщическую деятельность и пр.) не снабжены какими-то конкретными санкциями.

Сунна представляет собой жизнеописание пророка Мухаммеда, являет собой собрание преданий (хадисов), в которых получили раскрытие и дальнейшее развитие, основополагающие принципы и нормы, изложенные в Коране. Положения Корана и Сунны в мусульманском праве признаются божественными и непреложными. Однако необходимо понимать, что высшие источники мусульманского права не дают конкретные ответы на правовые вопросы, которые ставит постоянно изменяющаяся жизнь. Именно поэтому ключевую роль в системе источников права имеет иджма – консолидированное мнение авторитетных ученых-юристов по какому-либо правовым вопросам.

Кийас – применение по аналогии тех положений, которые уже содержатся в Коране, Сунне или были сформулированы в ходе формирования иджмы. В качестве иллюстрации применения кийаса можно привести пример с запретом употребления спиртных напитков. Изначально в хадисах пророка упоминалось о запрете вина (Книга о напитках, хадисы 3371–3435). Однако впоследствии

появились и другие опьяняющие напитки, которые именно посредством применения кийаса стали запрещены к употреблению.

Помимо указанных четырех корней мусульманского права в различных мазхабах признаются и другие источники:

Фетва – единоличное мнение авторитетного ученого-юриста (факиха) по конкретному правовому вопросу.

Истихсан – метод рассуждения, позволяющий решить правовой вопрос путем отказа от аналогии и выбора варианта поведения, наиболее простого и удобного для конкретной ситуации. Данный источник права применяется, когда положение, выведенное путем кийаса, утратило свое значение и стало неактуальным. В качестве примера можно привести ситуацию употребления еды, не относящейся к халяльной пище. Мусульманину запрещено потреблять такую пищу, однако если у человека нет возможности употреблять халяль в связи со службой в армии, отбыванием наказания в тюрьме, ему дозволяется потреблять не халяльное мясо. Наиболее распространен истихсан в качестве вспомогательного источника в ханафитском масхабе.

Истислах – метод рассуждения, предполагающий решение вопроса способом, наиболее полезным для всей общины (уммы). Как и истихсан данный источник отказывает в применении кийаса. Для принятия истислаха должны быть соблюдены следующие условия:

- общественные отношения должны касаться только взаимоотношений общины (уммы), но не касаться вопросов веры и религиозного культа;
- решение должно соответствовать иным положениям шариата;
- наличие явной пользы для уммы;
- отсутствие вреда или его незначительный характер;
- соотнесение причины принятия истислаха и его последствий.

В качестве примера в литературе приводится фетва Малика ибн Анаса о запрете продажи винограда виноделу. Данное решение касалось социальной сферы, соответствовало шариатскому запрету употребления вина, имело полезную для уммы цель, не предполагало наличие вреда для мусульман, последствия данного решения направлены на ограждение верующих от возможного употребления вина.

Данный источник был разработан маликитским масхабом, но признается и другими мусульманскими школами.

Истихсаб – принцип рассуждений, основывающийся на презумпции неизменности обстоятельств, согласно которому какие-либо обстоятельства считаются неизменными до тех пор, пока не будет достаточных свидетельств их изменения. Например, на основании данного принципа невозможно было наследование

имущества пропавшего без вести лица, пока не были представлены доказательства его смерти. На этом же принципе построена презумпция невиновности.

Различают несколько видов истихсаба:

– презумпция изначального отсутствия. Правоверному мусульманину не могут быть вменены какие-либо обязанности, пока не будет установлена их законность.

– презумпция дозволенности. Применяется в бытовой сфере и означает, что действия являются дозволенными, пока не будет представлен шариатский довод об их запрете.

– презумпция существования до наличия доказательства обратного. Пока не будет доказано обратное, считается действительным изначальное обстоятельство. Данный принцип был разработан в маликитском масхабе.

Урф – обычай, сложившийся в мусульманской общине. Условием применения данного обычая является отсутствие противоречий с Кораном и Сунной, признание его.

Адат – местный обычай, которому следовали люди до обращения их в ислам и присоединения их территории к Арабскому халифату. Адаты, в отличие от урфа, не составляют часть шариата. Признаются только те адаты, которые не противоречат нормам шариата.

Фирманы – указы и распоряжения халифов.

Кануны – законы, принимаемые высшими органами власти.

Фирманы и кануны стали рассматриваться в качестве вспомогательных источников мусульманского права в связи с активизацией деятельности государственной власти, в основном они не затрагивают сферы отношений, традиционно регулируемые положениями шариата, а касаются вопросов устройства государственного аппарата и взаимодействия институтов власти с населением.

Как видно, перечень источников мусульманского права достаточно широк. При этом само понимание источника права несколько отличается от устоявшихся в нашей юридической науке представлений об источнике как форме права. Такие источники, как кийас, истихсан, истислах, истихсаб представляют собой не форму права, а метод (способ) рационального решения правового вопроса. Таким образом, в широком смысле под источником мусульманского права можно понимать средства решения правовых вопросов.

Следует обратить внимание, что мусульманское право в настоящее время неоднородно, роль шариата в различных странах, исповедующих ислам, не одинакова. В одних странах сохранилась главенствующая роль мусульманского права, в других странах оно уступило место писаному праву, лишь частично сохранив свое значение

при регулировании вопросов личного статуса, семейных и наследственных отношений.

В зависимости от роли мусульманского права в современных правовых системах можно выделить три группы стран:

1. Страны, в которых мусульманское право признается непосредственно действующим, а светское законодательство выполняет вспомогательную роль (Саудовская Аравия, ОАЭ, Катар).

2. Страны, в которых мусульманское право применяется в сфере личного статуса, уголовного права, семейного и наследственного права, а в остальных сферах действует светское законодательство (Пакситан, Судан, Египет, Сирия, Ливан).

3. Страны, в которых мусульманское право утратило свое значение, приоритет отдается нормам светского законодательства. Ряд положений шариата (многоженство, виды уголовных наказаний, правовой статус женщины) изменены законодательным путем (Тунис, Турция, Йемен).

Таким образом, можно отметить, что мусульманское право представляет собой сложный феномен, который представлен различными источниками права, различными течениями, которые учитывают как универсальные принципы шариата, так и региональную специфику, нашедшую отражение в том или иной масштабе.

### **Вопросы для самоконтроля обучающихся:**

1. Как взаимосвязаны закон кармы и кастовая организация индийского общества?
2. Что такое дхарма? Приведите примеры дхармашастр.
3. Какие этапы выделяются в истории иудейского права?
4. Какие существуют виды источников иудейского права?
5. Как соотносятся понятия «мусульманское право» и «шариат»?
6. Какие школы мусульманского права (масхабы) Вам известны?
7. Какие существуют основные и дополнительные источники мусульманского права?
8. Что общего между религиозными правовыми системами?

## Глава 5. Правовые системы Дальнего Востока

### 5.1. Особенности восприятия права в китайской правовой традиции

Дальневосточная правовая семья выделяется в отдельную группу в связи с особенностями ментального восприятия права как средства регулирования общественных отношений. Здесь на первый план выходит не столько вопрос источников права (хотя и они отличаются от ранее изученных правовых систем), сколько ценностное восприятие самого права в общественном сознании. Большое влияние на формирование данной правовой семьи и особого отношения к праву заложено в китайской философской традиции. Наибольшее влияние оказали такие учения, как конфуцианство, легизм, даосизм.

Даосизм учит, что Вселенная существует по закону дао (в переводе с китайского «путь»), в соответствии с которым, всем управляет нечто, существующее само по себе и ни от чего не зависящее и неизменное. Принцип дао управляет всем, что существует в мире, задача человека подчиниться принципу дао и не принимать никаких волевых усилий. По сути, это принцип бездействия.

Идеи конфуцианства, напротив, отрицают принцип бездеятельности. Если даосизм признавал, что дао управляет всеми процессами во Вселенной, то конфуцианство признает существование двух миров – мира природы и мира человека. При этом если природный мир управляется как раз законом дао, то мир человека не может управляться тем же способом. Для управления миром человека должны создаваться обычаи («ли»), призванные подражать природным законам. Природный и человеческий мир не совпадают, но находятся в тесной взаимосвязи между собой.

В соответствии с идеями конфуцианства общественные отношения являются гармоничной частью общего естественного порядка. Конфуцианство на протяжении столетий, вплоть до революции 1911 г., формировало не только китайский менталитет, но и государственную идеологию.

В области человеческих отношений конфуцианство постулировало мысль о том, что поведение человека, его мышление, эмоции должны находиться в гармонии со Вселенной, человек должен стремиться к естественному равновесию в отношениях с другими людьми, природой. Правила такого гармоничного поведения («ли») не были универсальными и применялись в зависимости от социального статуса человека, его семейного, служебного положения,

места в иерархии государства. Правила «ли» отдельно регулировали поведение человека в различных взаимоотношениях людей – между родственниками, друзьями, посторонними друг другу людьми. В конфуцианском представлении идеальный человек осознает правила гармоничного сосуществования, естественный порядок мироздания, соблюдает эти правила, подавляя свои эгоистические устремления в целях сохранения слаженного состояния мира.

Таким образом, конфуцианство, как и даосизм, апеллирует к естественному порядку вещей, отрицали идею принудительного разрешения конфликтов между людьми, поэтому традиционные правовые институты, такие как, судебное разрешение споров, отвергались древнекитайской философской традицией. Обращение в суд за разрешением спора воспринималось как отсутствие скромности у человека, его конфликтности и неспособности пойти на мирное урегулирование ситуации, достижение компромисса. Добродетелью считалось примирение с другой стороной конфликта, в определенной степени даже смиренное отношение к проявленной человеком несправедливости.

Третьим философским учением являлся легизм. В отличие от конфуцианства легисты не считали, что человеку изначально присущи добродетели, которые могут формироваться воспитанием, примером правителей. Они исходили из того, что все люди по своей природе эгоистические создания, которые всегда следуют своим узкокорыстным интересам. Поэтому строгое наказание должно являться необходимым инструментом обуздания этой человеческой природы. В конфуцианстве различие в положении человека в обществе, рассматривается как проявление гармонии, тогда как легисты признавали изначально равенство всех людей перед законом и его карательным инструментарием. Как видим, легисты придавали праву исключительное значение, считали его необходимым инструментом обеспечения нормальной жизни человека.

В легистской традиции право (закон) воспринимается как некий единый для всех эталон, стандарт, равная мера, применяемая к простым людям, мудрецам, министрам. Одним из принципов легизма является также необходимость обнародования законов, поскольку именно таким путем можно обеспечить эталонное и единое его применение.

Легизм, как и конфуцианство не разделяет бездеятельный принцип даосизма. Однако в отличие от конфуцианства отводит в регулировании отношений между людьми ключевое место не морально-нравственным регуляторам, а правовым.

Идеи конфуцианства стали официальной государственной идеологией при династии Хан, их изучение стало обязательным при освоении школьной программы, при сдаче государственных экзаменов для продвижения по службе. При господстве конфуцианства государственная деятельность по созданию позитивного права не прекратилась полностью. Однако область применения писаного законодательства ограничивалась, главным образом, уголовным и административным правом. Законодательство рассматривалось как неизбежное зло, которое должно воздействовать на самые опасные проступки людей. Первый кодифицированный законодательный акт – Кодекс династии Тан (618–907 гг.) содержал преимущественно нормы уголовно-правового характера, частично регулировал брачно-семейные отношения и вопросы государственной собственности.

Частноправовые вопросы в китайской традиции принято было решать внесудебным путем, посредством различных примирительных процедур. Нередко переговоры представляли собой длительный процесс. Для решения споров внутри рода, между соседями или представителями торговой гильдии приглашались старейшины, наиболее мудрые представители сообщества. Участники спора могли обращаться в государственные суды, однако ввиду общественного осуждения, предопределяемого конфуцианскими представлениями, дороговизны судебных тяжб и их длительной процедуры, судебное разрешение частноправовых споров не имело широкого распространения.

Любой юридический конфликт рассматривается как нарушение естественного порядка и судебный способ его разрешения не позволяет вернуть этот порядок, потому что в результате установленной процедуры суд не возвращает стороны в состояние дао, а оценивает доводы сторон в соответствии с законом и выносит решение в пользу одной из них (никакого равновесия при этом не достигается). Именно поэтому разрешение конфликта относится к задаче не государственного судьи, а мудреца, который приводит каждого участника конфликта к дао, показывает ему, что он должен сделать, чтобы восстановить естественный порядок.

Следует обратить внимание и на то, что в китайском языке понятие «право» (на китайском – «фа») в основном ассоциируется с уголовным правом, а концепция субъективных прав была не известна в Китае на протяжении тысячелетий и была заимствована из Японии. Субъективные права как индивидуальные притязания не совместимы с идеей гармонии и дао.

По утверждению Конфуция, если люди руководствуются в своей жизни правовыми нормами, они всегда ищут пути обойти закон

и избежать наказания, тогда как следование добродетелям приводит к тому, что они познают стыд и ведут себя по справедливости<sup>1</sup>.

После свержения последней китайской династии Маньчжуров в 1911 г., в Китай начинает активно проникать континентальное право, составляется писаная Конституция, в период 1926–1928 гг. происходит кодификация частного права по швейцарскому и германскому образцу. Однако за пределами городов эти преобразования китайской системы были мало ощутимы. Китайское право в целом является достаточно консервативным, в котором традиции мирно сосуществуют с инновациями в различных сферах жизнедеятельности.

## 5.2. Правовая система КНР

Китайская народная республика избрала путь социалистического развития с «китайской спецификой», обусловленной ролью традиций и конфуцианскими представлениями о мироздании. Социалистический период развития китайской цивилизации характеризуется попыткой апробирования различных моделей общественного развития. В истории современного китайского государства и права можно выделить три этапа.

Первый этап – становление социалистической государственно-правовой системы (1949–1956 гг.) На данном этапе основы построения государственности определялись временными конституционными актами, но и при этом правовая система еще не была сформирована. На ее формирование оказывали влияние правовая культура и военно-командные методы управления страной.

Второй этап (1957–1976 гг.) – период «культурной революции». Данный этап характеризуется развитием нигилистического отношения к праву на уровне государственной идеологии. Профессиональное юридическое сообщество высказывало идею формирования независимой от коммунистической партии судебной системы, критиковало Всекитайское собрание народных представителей за медлительность в принятии важнейших для страны законов. Однако данные идеи не были приняты китайским руководством. Мао и его сторонники назвали критиков «правыми» и начали кампанию против них. Среди первых жертв антиправой кампании были специалисты в области права и правовой системы в целом. Мао возражал против этой системы по нескольким причинам – советская модель была слишком вестернизированной для Китая и судебная

---

<sup>1</sup> Цит. по: Саидов А. Х. Указ. соч. С. 329.

система слишком ограничивающей. Принцип презумпции невиновности был отвергнут, как и идея о том, что закон всегда должен действовать «в интересах государства и народа», а не партии.

Многие специалисты были переведены на несудебные работы и заменены партийными кадрами. Все кодификационные комиссии прекратили работу, новые законы не разрабатывались. Количество юридических школ резко сократилось, поскольку большинство университетов перешли на более политически приемлемые предметы. Позже, во время Культурной революции (1966–1976 гг.), почти все оставшиеся юридические школы были закрыты.

Третий этап (с конца 70-х гг. XX в.) связан с принятием Конституции КНР 1982 г. и активизацией законодательной деятельности. Преобразования в социально-экономической сфере потребовали издания многочисленных законодательных актов, регулирующих вопросы гражданского оборота, правового статуса предприятий, хозяйственных договоров. В данный период разрабатываются Общие положения гражданского права, Закон о предприятиях с иностранным участием, Закон о хозяйственных договорах, Гражданский процессуальный кодекс, Закон о вещных правах. Также претерпевают изменения уголовное и уголовно процессуальное законодательство. В уголовном законодательстве Китая нет презумпции невиновности, отсутствует процессуальное равноправие сторон. Несудебные формы разбирательства дел также сохраняются, что обусловлено, с одной стороны, сохраняющимися традициями мирного разрешения правовых конфликтов, с другой стороны – дефицитом юридических кадров и перегруженностью судебной системы.

### **5.3. Правовая система Японии**

Историческое развитие правовой системы Японии имеет своеобразие. Островной характер японской территории обеспечивал достаточно автономное развитие японской государственности на протяжении столетий. Однако она ощущала на себе влияние китайской правовой традиции, что также предопределило специфику правового менталитета. В нормативной системе Японии выделяются нормы уголовного («рицу») и административного характера («ре»). С ними у японцев и ассоциируется понятие «право». Однако большее значение для регулирования поведения людей имеют правила приличия «гири», которые представляют собой систему морально-правовых предписаний. Японский менталитет характеризуется следующими чертами: групповое, а не индивидуалистское мышление, клановая верность, жертвенность в пользу общего блага.

Определяющее влияние китайской традиции в Японии начинается с XVII в. с утверждения режима сегуната. Переняв из Китая письменность, религию и право, сегунат провозглашает в качестве государственной идеологии конфуцианство. Конфуцианские идеи соответствовали иерархической структуре японского общества. Судебная система Японии также испытала китайское влияние, большинство споров рассматривались во внесудебном порядке. В японском правовом сознании также запечатлелось восприятие судебной тяжбы как дела презрительного.

В 1868 г. произошла революция Мейдзи, которая положила конец правлению сегуната и ознаменовала этап открытия Японии миру и постепенной вестернизации ее правовой системы. Трансформация общественно-политической жизни, развитие капиталистических отношений поставили на повестку дня выработку современного правового инструментария. В 1889 г. император дарует своим поданным Конституцию. За основу правовых преобразований были взяты принципы и нормы романо-германского права. В целях кодификации японского права был приглашен французский профессор Г. Буассонад. Под его руководством комиссия подготовила проекты гражданского, уголовного, торгового, уголовно-процессуального кодексов. Однако данные проекты не были одобрены элитой японского общества как чрезмерно демократичные. Новая комиссия, включавшая в себя трех японских профессоров, за основу кодификационной работы взяла немецкое законодательство. Это объясняется несколькими причинами. Во-первых, в идейно-политическом плане кайзеровская система власти с сильной императорской властью, ограничением свобод поданных и сохранением привилегий поданных, импонировала японскому правительству. Во-вторых, в конце XIX столетия Германское гражданское уложение 1896 г. (далее – ГГУ) было образцом юридической техники. Поэтому не случайно, за основу проекта японского Гражданского кодекса было взято именно ГГУ. Гражданский кодекс Японии вступил в силу в 1898 г., включает по аналогии с ГГУ пять разделов, посвященных общим положениям гражданского права, вещному, обязательственному, семейному и наследственному праву. При этом, как это уже отмечалось ранее, при характеристике религиозных правовых систем, область семейных и наследственных отношений всегда является более чуткой к национальным особенностям и традициям. Исключение не составляет и японское гражданское право. Например, семейное право закрепляло главенствующую роль мужчины в семье, жена не обладала дееспособностью, дети могли вступать в брак только с согласия отца и пр.

После поражения Японии во Второй мировой войне в 1945 г. и ее оккупации американскими войсками на протяжении последующих семи лет, на японское право начинает оказывать влияние американское право. Новая японская Конституция 1946 г. была основана на положениях американской Декларации независимости. В этой Конституции нашли отражение такие положения, как принцип разделения властей, система сдержек и противовесов. Под американским влиянием был принят Закон о неприкосновенности личности 1948 г., в Торговом кодексе заимствованы нормы об акционерных компаниях, по американскому образцу осуществлена реформа судебной системы, придание ей более независимого статуса, создание института конституционного надзора за принимаемыми законодательными актами. Изменения в уголовно-процессуальном законодательстве привели к расширению процессуальных прав подозреваемых и обвиняемых. В области земельного права были ликвидированы остатки помещичьего уклада, преобладающей формой хозяйствования стало частное крестьянское хозяйство.

Изменения в области гражданского права затронули сохранявшие до этого момента свою самобытность положения семейного и наследственного права. Патриархальное устройство семьи была заменено на модель нуклеарной семьи, состоящей из родителей и несовершеннолетних детей, мужчина и женщина были уравнены в правовом статусе.

В период американской оккупации были приняты: социально-трудовое законодательство, регулирующее деятельность профсоюзов; гарантии трудящихся; обеспечение занятости и выплата пособий по безработице.

Однако в целом, американское влияние не инкорпорировало японскую правовую систему в семью англо-американского права. Японская правовая система как система писаного кодифицированного права оставалась в большей степени родственна принципам континентального права. Для японского права, как и континентального, характерно наличие определенной системы с подразделением на отрасли права, деление всей системы на частное и публичное право. Однако специфика правового менталитета не позволяет относить ее правовую систему исключительно к романо-германскому праву.

Таким образом, в результате исторического развития правовая система Японии вобрала в себя черты, свойственные как дальневосточной правовой традиции, отрицающей ценность права как средство обеспечения социального согласия и порядка в обществе, романо-германскому праву (точнее германскому праву), так и отдельные особенности американского права.

На это обстоятельство обращал внимание Р. Давид, отмечая, что вестернизация японского права не может искоренить традиционные черты, свойственные правовому сознанию<sup>1</sup>.

### **Вопросы для самоконтроля обучающихся:**

1. В чем специфика китайского и японского правового менталитета?
2. В чем различие между идеями конфуцианства и легизма?
3. Какое влияние на развитие права оказала «культурная революция» в Китае?
4. Какое значение в развитии японской правовой системы имела революция Мэйдзи?
5. Чем вызвано заимствование в Японии германского законодательства?
6. Черты каких правовых систем вобрало в себя современное японское право?

---

<sup>1</sup> Давид Р. Указ. соч. С. 460.

## Глава 6. Смешанные правовые системы

Юридическая карта мира весьма разнообразна, на ней присутствуют не только страны с родственными правовыми чертами, но страны и территории, которые аккумулировали в себе особенности различных правовых систем. Причины такого процесса могут быть самыми различными – добровольное или захватническое присоединение территории одного государства другому, колонизация, вестернизация и рецепция права. Например, разрушение колониальной системы привело к появлению десятков независимых государств в Африке, Азии и Латинской Америке. Правовые системы этих стран испытывают влияние, как своего колониального прошлого, так и современных интеграционных процессов. Например, правовые системы африканских государств представляют собой «многослойный пирог», где на нижнем уровне межличностных отношений продолжают применяться положения традиционного права и местных обычаев, а на уровне экономической, политической организации общества сохраняются черты права бывшей метрополии (английское, французское, немецкое право) и формируются черты современного права. Правовая система Филиппин, которая долго находилась под испанским владычеством, а затем более 50 лет под американской оккупацией вбирает в себя черты континентального, англо-американского и обычного права. В некоторых случаях происходит симбиоз религиозного, континентального и общего права (например, правовая система Израиля).

Более того, процессы глобализации и интенсификации политического, экономического, культурного общения между странами приводят к конвергенции правовых систем, что свидетельствует о росте числа именно смешанных правовых систем. В настоящей главе рассмотрим наиболее яркие примеры смешанных правовых систем – правовые системы канадской провинции Квебек и американского штата Луизиана, Израиля и Южно-Африканской республики.

### 6.1. Правовые системы Квебека и Луизианы

Особый характер правовых систем Квебека и Луизианы обусловлен историческим наследием французской колонизации и являет собой черты современного федеративного устройства США и Канады.

История становления правовой системы Квебека начинается с основания в 1663 г. французскими колонизаторами Новой Франции. В 1664 г. французский король Людовик XIV постано-

вил в хартии о создании Французской Ост-Индской компании, что французское колониальное право будет, в первую очередь, основано на парижском обычном праве. Правосудие осуществлялось в соответствии с «Кодексом Людовика», состоящим из Указа 1667 г. о гражданском процессе и Указа 1670 г. об уголовном процессе. Торговые отношения регулировались «Кодексом Савари» 1673 г.

Изменение государственной принадлежности Квебека связано с событиями Семилетней войны, по итогам которой в 1763 г. между Францией, Испанией, Великобританией и Португалией был заключен Парижский договор, по которому Франция уступила свое владение над Квебеком Великобритании. С этого момента британское правительство устанавливает правила колониального управления (Королевская прокламация), в соответствии с которыми судам предписывалось решать «... все дела, в том числе уголовные и гражданские, в соответствии с законом и справедливостью и настолько близко, насколько это может быть согласовано с законами Англии»<sup>1</sup>.

Однако в 1774 г. британский парламент принял закон о Квебеке, позволивший провинции сохранить прежнее право при регулировании частноправовых вопросов. Таким образом, с момента британского владения в Квебеке начинает формироваться дуалистическая правовая система: с одной стороны, вопросы частного права продолжают регулироваться на началах французского континентального права, все остальные вопросы, в том числе уголовное, административное право – подчинены действию английского общего права.

Несмотря на то, что Квебек уже на протяжении более двух столетий находится в семье общего права, его французская самобытность и обусловленный этим особый государственно-правовой статус остаются неизменными. Примечательно, что в Квебеке французский язык не только имеет статус официального, но даже обладает приоритетом перед английским языком<sup>2</sup>. Так, изучение французского языка является в школах обязательным, тогда как английский язык является факультативом. На французском языке публикуются официальные акты провинции, ведется судопроизводство, парламентские дебаты, осуществляется теле-радиовещание<sup>3</sup>.

Континентальные черты правовой системы Квебека, как уже отмечалось, проявляются, главным образом, в сфере частного пра-

---

<sup>1</sup> The Royal Proclamation // The London Gazette [электронный ресурс]. URL: <https://www.thegazette.co.uk/London/issue/10354/page/1> (дата обращения: 10.09.2020).

<sup>2</sup> Акт об официальном языке 1974/1990 гг. и Хартия французского языка 1977 г.

<sup>3</sup> Данилов С. Ю. Правовое регулирование «специального статуса» субъекта федерации: дифференциация права на примере статуса Квебека // Право. Журнал Высшей школы экономики, 2012. № 2. С. 104.

ва и их олицетворяет Гражданский кодекс Квебека, который был принят в 1866 г. по модели Кодекса Наполеона 1804 г. Отличительной чертой являлось то, что помимо трех известных французскому кодексу разделов, посвященных статусу лиц, имуществу и способам его приобретения, данный законодательный акт содержал также раздел, посвященный торговым отношениям<sup>1</sup>.

В 1980 г. кодификации подвергается семейное право.

В 1991 г. принимается ныне действующий Гражданский кодекс Квебека (вступил в силу в 1994 г.), который заменил собой Кодексы 1866 и 1980 гг.

Ныне действующий кодекс включает в себя 10 частей:

1. Лица.
2. Семья.
3. Наследование.
4. Право собственности.
5. Обязательства.
6. Преимущественное требование и ипотека.
7. Свидетельство.
8. Право давности.
9. Лишение прав.
10. Международное частное право.

Английское общее право оказывает частичное влияние на сферу частного права. Данная правовая система восприняла известный общему праву институт доверительной собственности. Нашедшие отражение в Гражданском кодексе вопросы, связанные с мошенничеством, основаны на английском законе о мошенничестве и для их применения и толкования суды Квебека обращаются к прецедентной практике.

Сочетания английского и французского права обнаруживается также в процессуальном законодательстве. Гражданский процессуальный кодекс Квебека (изначально был принят в 1866 г., последняя редакция – 1965 г.) в целом воспринял французскую модель судопроизводства, однако в вопросах доказывания опирается на общее право. В Квебеке сложилась уникальная ситуация, при которой материальное право формировалось по континентальному образцу, а процессуальное право, традиционно рассматриваемое как служебное по отношению к материальному, выстраивалось под влиянием общего права.

---

<sup>1</sup> В самой Франции торговые отношения регулировались отдельным Торговым кодексом 1807 г.

В сфере публичного права правовая система Квебека является в полной мере составной частью правовой системы Канады и строится на принципах общего права. Так, уголовное право относится к ведению самой федерации.

Хотя в целом в провинции Квебек прецедент не имеет силу источника права, приоритет отдается писаному законодательству, роль судебной практики имеет важное значение. Именно судебная практика призвана решать сложную задачу сочетания континентального и общего права, с присущей каждой из них спецификой терминологии и юридических конструкций в рамках единого правового пространства данной провинции. Следует обратить внимание на тот факт, что судебная система Квебека не является абсолютно автономной, поскольку высшей судебной инстанцией является Верховный Суд Канады, который рассматривает апелляции на решения судов провинции. Это обстоятельство также способствует сближению данной правовой системы с семьей общего права, на котором построена канадская правовая система.

Правовая система Луизианы также формировалась под воздействием колониального фактора. При этом за XVIII – начало XIX вв. данная территория трижды меняла свою государственную принадлежность (до 1764 г. находилась под господством Франции, затем как убыточная территория была уступлена Испании). В 1803 г. испанское правительство вновь передало данную территорию Франции, которая в том же году продала ее Соединенным Штатам. Однако испанское право не оказало существенного влияния на развитие данной правовой системы, поэтому ее также как и правовую систему провинции Квебек принято рассматривать с позиции дуализма общего и континентального (французского) права.

Правовую систему штата Луизианы образно называют «островом» континентального права в «море общего права»<sup>1</sup>.

Континентальная традиция прослеживается в кодификации и проявляется, в первую очередь, в сфере частного права. В 1808 г. в Луизиане принимается Гражданский кодекс, разработанный на основе Кодекса Наполеона. Но при этом, Гражданский кодекс Луизианы отличается от французского большей степенью детализации, влиянием прецедентного права. Этот кодекс достаточно подробен, он часто изменялся и дополнялся. К 1966 г. в него была внесена 281 поправка к 180 статьям и принято 228 новых статей<sup>2</sup>. При применении положе-

---

<sup>1</sup> Денисенко В. В., Трикоз Е. Н. Типология смешанных правовых систем // Вестник Нижегородской академии МВД России, 2018. № 2. С. 34.

<sup>2</sup> Саидов А. Х. Указ. соч. С. 439.

ний гражданского законодательства часто судьи толкуют их с опорой на прецедентную практику. Так, на основе общего права рассматриваются вопросы, связанные с пониманием небрежности.

По своей стилистике законодательство Луизианы все больше тяготеет к общему праву. Но при этом судебная система, в силу специфики американского федерализма, остается достаточно автономной, поскольку Верховный Суд США не является вышестоящей судебной инстанцией по отношению к судам штатов.

Таким образом, можно отметить, что правовая система Луизианы, с одной стороны, более обособленна, по сравнению с правом Квебека, а с другой стороны, здесь очевиднее влияние общего права.

## **6.2. Правовая система Израиля**

Правовая система современного Израиля является собой яркий пример плюралистической правовой системы, которая на протяжении своего исторического развития вбирала в себя черты различным правовым семей. Среди компаративистов продолжаются дискуссии о том, к какой правовой семье в большей степени тяготеет данная правовая система. Одни ученые видят в ней черты традиционного иудейского права, другие – влияние турецкого мусульманского права, третьи – английского общего права. Такая ситуация, как и в случае с иными смешанными правовыми системами, обусловлена сложными историческими процессами. До обретения государственной независимости в 1948 г. территория Израиля в различные периоды находилась в составе Османской империи, затем являлась подмандатной территорией Великобритании, что не могло не сказаться на ее правовой системе.

Безусловно, историческую основу израильской правовой системы составляет иудейское право. Древнееврейское право в целом, как и любое религиозное право, формировалось с ориентиром на личностные начала. Древнееврейское право – одно из первых правовых форм вообще. Древнейшее право еврейского народа заняло исключительное место в мировой правовой истории. Записанные в священных книгах Библии общие законы и конкретные правила, сложившиеся в разные периоды догосударственной и государственной истории Израиля, через каноны христианства позднее распространились практически по всему миру и переосмыслены во всех правовых системах европейского корня. Хотя по уровню правового регулирования древнееврейское право значительно уступало вавилонскому и даже египетскому, оно отражало требования и реалии времени становления ранней государственности. Особое воздействие на содержание права оказали религиозные предписания иудаизма с его при-

верженностью идее богоизбранности израильского народа и идеалом подчинения социального поведения священным заветам<sup>1</sup>.

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

Ориентация правоприменения на семейные, в значительной степени общинные ценности и начала сделала в итоге древнееврейское право узконациональным. Это обеспечило ему долгую жизнь и применение даже в странах, официальные доктрины которых негативно относились к иудаизму. Но с этими особенностями права связано и его незначительное распространение, помимо огромного литературного влияния через Библию и ее истолкования.

Несмотря на то, что государство Израиль не является теократическим или клерикальным, роль иудаизма в нем остается ключевой. Не случайно в Декларации государственной независимости провозглашается: «В Эрец-Исраэль (стране Израиль) родился еврейский народ. Здесь сформировался его духовный, религиозный и политический облик. Здесь он жил в своем суверенном государстве, здесь создал национальные и общекультурные ценности и завещал миру вечную Книгу Книг (Библию)»<sup>2</sup>.

Черты иудаизма обнаруживаются также в государственной символической системе. Так, государственный герб Израиля представляет собой гиральдический щит, на котором изображен предмет религиозного культа – семисвечник (минора) в Иерусалимском храме. Белоголубой государственный флаг символизирует цвета молитвенного покрывала. На флаге изображается гексограмма – шестиконечная звезда Давида, один из главных символов иудаизма.

Что касается собственно иудейского права, сфера его действия в современном Израиле включает в себя:

– вопросы взаимодействия государства и религии (приняты законы о шаббате, раввинатских судах, празднике Песах, производстве кашерных продуктов, выращивании свиней и пр.);

– вопросы, относящиеся к компетенции раввинатских судов (вопросы личного статуса евреев, регистрации актов гражданского состояния, семейные дела, включая заключение и расторжение брака, вопросы опеки и воспитания детей и пр.).

---

<sup>1</sup> Там же.

<sup>2</sup> Декларация независимости Израиля [электронный ресурс] // URL: <https://eleven.co.il/zionism/from-balfour-to-state/11392/>

Влияние иудейского права отразилось и на конституционном праве Израиля. В Израиле до сих пор отсутствует писаная конституция. И хотя некоторые ученые видят в этом влияние английского права (как известно, в Великобритании также отсутствует конституция), более правдоподобным является объяснение этому тем, что в современной политической системе Израиля происходит активное противостояние ортодоксальных религиозных сил со светским политическим движением. При обретении Израилем государственной независимости религиозные ортодоксы отвергли идею писаной конституции, признавая высшую юридическую силу только за положениями Торы<sup>1</sup>.

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

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

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

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

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

---

<sup>1</sup> Оксамытний В. В. Многоаспектность источников современной правовой системы Израиля // Вестник Брянского государственного университета. 2013. № 2. С. 166.

Следует отметить, что в большинстве своем должности судей подмандатного периода занимали англичане (заместителями которых были местные судьи, евреи и арабы). В спорных вопросах Маджалла применялась в последнюю очередь под влиянием принципа прецедента (*stare decisis*) английского права.

Подмандатные судьи ссылались в своей практике на английское общее право. Такое влияние английского права наблюдалось главным образом в судебных толкованиях. Как в случае с подмандатным постановлением, созданным под влиянием действующего права Великобритании, например со Статутом о коммерческих обществах 1926 г., такие судебные толкования сближали правовую систему Палестины с существовавшей в английской метрополии. Это явление, впрочем, приобретало особо крупные масштабы, когда судьи ссылались на английское общее право в более общем виде.

Наконец, очень часто сами тексты подмандатных документов отсылали прямо к законодательству Великобритании. Например, термины и понятия толковались в ст. 4 уголовного закона 1936 г.

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

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

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

на их оригинальным национальным правом. Израильское право еще долго находилось под влиянием английской философии права.

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

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

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

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

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

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

Романо-германская правовая традиция укрепилась в Израиле с развитием законодательства. С помощью законов о договорах, о земле, об обязательственных отношениях, о собственности законодатель стремился разрешить противоречия между османским и английским правом и установить единство, определенность в праве. Изменениям подверглись также нормы уголовного права и процесса. В 1982 г. был принят закон, запрещающий толковать закон

в свете английского права или в соответствии с правилами английского толкования. Этот закон явился еще одним важным шагом в сторону романо-германского права.

Влияние континентального права на становление современной правовой системы Израиля связывают также и с субъективными факторами. Так, исследователи Т. Гидрон и С. Гольштейн отмечают, что израильские юристы, являвшиеся основоположниками национального израильского права, получали образование в Европе (Австрии, Германии, Италии) и после установления нацистского режима в Германии бежали в 1930-х гг. в Палестину<sup>1</sup>.

В настоящее время систему источников права в Израиле образуют:

1) нормативные правовые акты, к которым относятся основные (конституционные) законы, обычные законы, акты органов исполнительной власти. Основные законы регулируют основополагающие вопросы, относящиеся к сфере конституционно-правового регулирования: статус главы государства, парламента (Кнессета), правительства, судебной системы, статус Иерусалима как столицы государства, обороны государства, основополагающие права и свободы;

2) прецедентная практика израильских судов. В соответствии со ст. 20 Закона о судебной власти 1984 г. устанавливается обязательность прецедентов Верховного суда для всех нижестоящих судов.

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

Судебная практика сохранила черты английского общего права.

Судебную систему Израиля образуют суды общей юрисдикции и специализированные суды во главе с Верховным судом. К судам общей юрисдикции относятся: мировые суды (среди них выделяют суды по отдельным вопросам, такие как, суды по гражданским и уголовным делам, суды по семейным делам, суды по дорожно-транспортным делам и пр.), окружные суды, Верховный суд. К специализированным судам относятся региональный и Всеизраильский суд по трудовым конфликтам, военный и административный трибунал. Также к специализированным судам относятся религиозные суды. Особо следует отметить такой судебный орган как БАГАЦ – Высший суд справедливости (аналог английского суда справедливости). Данный суд рассматривает дела, которые не отно-

---

<sup>1</sup> Goldstein S. Israel: Creating a New Legal System from Different Sources by Jurists of Different Backgrounds. Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing in Esin Orucu, Elspeth Attwooll and Sean Coyle (eds). Kluwer, 1996. 384 p.

сятся ни к компетенции судов общей юрисдикции, ни к компетенции специализированных судов, но требует разрешения на основе принципа справедливости.

3) правовые обычаи и нормы религиозного права. Ранее мы говорили, что составной частью современной правовой системы Израиля является иудейское религиозное право, которое находит свое практическое воплощение, главным образом, в деятельности раввинатских религиозных судов. Компетенция раввинатских судов, как уже отмечалось, затрагивает вопросы личного статуса евреев (заключение и расторжение браков, алименты, воспитание детей). Несмотря на то, что независимость религиозных судов гарантируется законом, их решения могут быть обжалованы в Верховном суде. Последний, при разрешении дел руководствуется светским законодательством, в результате чего клерикалы нередко обвиняют светские власти в нарушении многовекового статуса-кво, принадлежащего раввинатским судам в вопросах семьи. В целом можно отметить тенденцию постепенного ограничения компетенции раввинатских судов в современном Израиле. Как отмечает израильский судья Хаим Герман Коэн, основываясь на прецедентном решении судьи Верховного суда Моше Зильберга 1958 г., в случае возникновения коллизии между государственными законами и положениями религиозного права, раввинатский суд должен отдать предпочтение государственным законам<sup>1</sup>. Большой резонанс вызвало прецедентное решение БАГАЦ 2006 г., которое исключило из компетенции раввинатских судов рассмотрение имущественных споров.

В современной политико-правовой системе Израиля религиозный вопрос является достаточно острым, с одной стороны, объединяющим фактором, закладывающим фундамент национальной идентичности еврейского народа, с другой стороны, разъединяющим фактором, поскольку светское большинство населения страны не разделяет ортодоксальные взгляды на регулирование вопросов личного статуса. В итоге, многие семейные пары, не имеющие возможности или желания оформить брак по еврейским религиозным правилам, либо уезжают регистрировать браки в другие государства, либо не заключают брак официально<sup>2</sup>.

Следует отметить, что еврейская община – не единственная религиозная община в Израиле. В соответствии с судебной систе-

---

<sup>1</sup> Хаим Коэн. Право (ивр.). Израиль: Изд-во Институт Бялика, 1991. С. 414–415.

<sup>2</sup> Изаксон Р. А. Светское и теократическое государство Израиль // Известия Иркутского государственного университета. Серия «Политология. Религиоведение». Иркутск, 2015. Т. 13. С. 186–192.

мой наряду с раввинатскими судами функционируют также мусульманский, христианский и друзский религиозные суды. К компетенции этих судов также относятся вопросы личного статуса. Решения судов выносятся на основе норм соответствующего религиозного права. Например, в основу решений мусульманского суда кладутся положения Корана и Сунны, иных источников мусульманского права. Рассмотрение споров в христианском суде основано на каноническом праве. Таким образом, частью правовой системы Израиля является не только иудейское право, но и другие религиозные правовые системы.

4) нормы международного права и международных договоров, не противоречащие законодательству Израиля.

Как отмечает В. В. Оксамытный, «израильское общество представляет собой конгломерат исторических, национальных, этнических, конфессиональных и культурных связей, возникающих на фоне острых внутрисударственных и международных политических, социальных и экономических отношений»<sup>1</sup>. Все эти обстоятельства предопределяют сложный плюралистический характер современной израильской правовой системы.

В современной правовой системе Израиля наблюдаются следующие тенденции:

– в области частного права дальнейшее развитие получают черты континентального права. В настоящее время ведется работа по кодификации гражданского законодательства;

– в области публичного права усиливается роль прецедентной практики, в первую очередь, практики Верховного суда Израиля, который стремится обеспечить баланс между демократическим светским и религиозным еврейским характером израильской государственности;

– в области законодательных инициатив наблюдается повышение активности религиозных политических движений<sup>2</sup>.

### 6.3. Правовая система ЮАР

Колониальное прошлое Южно-Африканской Республики способствовало конвергенции в ее правовой системе африканского обычного права, норм колониального романо-голландского и английского общего права.

<sup>1</sup> Оксамытный В. В. Указ. соч. С. 168.

<sup>2</sup> Даниелян А. С. Становление и особенности правовой системы Израиля как смешанной юрисдикции // Право и политика. 2016. № 12. С. 1490.

В 1652 г. голландцы начали колонизировать территории Южной Африки, основав на них Капскую колонию. Право метрополии в тот исторический период представляло собой сочетание обычного голландского права и римского права провинции Голландия – наиболее влиятельной провинции Нидерландов. Реципированное римское право явилось результатом деятельности глоссаторов и комментаторов. Такое римско-голландское право сохраняло свое действие в южно-африканской колонии даже после колонизации ее англичанами в 1806 г.

При этом в самой Голландии римско-голландское право утратило свое значение после ее захвата Наполеоном. В 1809 г. оно было заменено французским гражданским кодексом. В 1838 г. на основе французского кодекса был разработан голландский Гражданский кодекс.

Интересно отметить, что римско-голландское право выжило лишь в тех регионах, которые еще до вступления в силу национального Гражданского кодекса, ориентированного на французский образец, были отторгнуты Голландской колониальной империей и перешли под английское владычество. Кроме Южной Африки к таким регионам еще относятся Шри-Ланка (Цейлон) – с 1799 г. и часть Гвианы – с 1803 г.<sup>1</sup>

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

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

---

<sup>1</sup> Саидов А.Х. Указ. соч. С. 445.

Что касается английского общего права, то оно, как и прежде, преобладало в конституционном, административном, торговом и процессуальном праве. Традиции английского права определяли также судопроизводство, положение судьи, принцип связанности прецедентом, деятельность юристов. Однако в семейном, наследственном и вещном праве влияние английского права было незначительно. В этих сферах важную роль играло римское право. Например, понятие единства, собственности, которое отличают от понятия ограниченных вещных прав и от понятия владения, не известно английскому праву.

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

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

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

Как отмечает А. Х. Саидов, в XXI веке на вопрос: «К какой – романо-германской или англо-американской – правовой семье относится современное южноафриканское право?» – нельзя ответить однозначно. Если говорить о понятийно-категориальном аппарате и структуре южноафриканского права, то правовая система ЮАР основана на римском праве. Что касается правоприменительной техники в судебной практике, процессуальных норм, методов доказательств, использования прецедентов, судоустройства, задач и положений судьи и адвокатов, то явно преобладают образцы

правовой семьи общего права. Такие примеры можно продолжить. Поэтому неоспоримым является то мнение, согласно которому южноафриканское право представляет собой смешанную правовую систему, где элементы римско-голландского и английского общего права тесно переплетены. Впрочем, восприятие части римско-голландского права в настоящее время сближает южноафриканскую правовую систему с правом Шотландии, где также действует романо-голландское право, трансформированное английским общим правом<sup>1</sup>.

### **Вопросы для самоконтроля обучающихся:**

1. Что такое смешанные правовые системы и чем обусловлено их появление?
2. Правовые системы каких стран относятся к числу смешанных?
3. Чем обусловлена специфика правовых систем провинции Квебек и штата Луизиана?
4. Какое место в современной правовой системе Израиля занимает иудейское религиозное право?
5. Какие отношения в ЮАР продолжают регулироваться традиционным африканским правом?

---

<sup>1</sup> Саидов А. Х. Указ. соч. С. 447.

## Список литературы

### Перечень основной учебной литературы

*Чиркин В. Е.* Сравнительное правоведение: учебник для магистратуры. – Москва: Норма, НИЦ Инфра, 2017.

*Чиркин В. Е.* Сравнительное государствоведение: учебник для магистратуры. – Москва: Норма, НИЦ Инфра, 2017.

### Перечень дополнительной учебной литературы

*Берман Г. Д.* Западная традиция права – эпоха формирования. – Москва, 1994.

*Васильев А. В.* Законодательство в правовой системе дореволюционной России. – Санкт-Петербург: Питер, 2004.

Введение в право Европейского Союза: учебное пособие / под ред. С. Ю. Кашкин. – Москва: Эксмо, 2005.

*Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. – Москва: Международные отношения, 2009.

*Дождев Д. В.* Всероссийская научная конференция «сравнительное правоведение в России: пути развития» // Государство и право. 2001. № 1.

Европейское право: учебник / под ред. Л. М. Энтина. – Москва, 2001.

Конституции зарубежных государств. – Москва: БЕК, 2001.

*Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П.* Международное частное право и сравнительное правоведение. – Москва, 2003.

*Марченко М. Н.* Курс сравнительного правоведения. – Москва: Городец, 2002.

*Марченко М. Н.* Сравнительное правоведение. – Москва: «Зерцало», 2001.

*Осакве К.* Сравнительное право в схемах: общая и особенная части. 2-е изд. – Москва: Дело, 2002.

Основные институты гражданского права зарубежных стран. – Москва: Норма, 1999.

Право Европейского Союза: правовое регулирование торгового оборота: учеб. пособие. – Москва: Зерцало, 1999.

Правовые системы стран мира. Энциклопедический справочник / отв. ред. А. Я. Сухарев. – Москва, 2003

*Романов А. К.* Правовая система Англии: учеб. пособие. 2-е изд., испр. – Москва: Дело, 2002.

*Саидов А. Х.* Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности). – Москва: Юристъ, 2005.

Сравнительное конституционное право: учеб. пособие / отв. ред. В. Е. Чиркин. – Москва, 2002.

Сравнительное конституционное право. – Москва: Манускрипт, 1996.

Сравнительное правоведение. Общая часть. – Москва: Зерцало, 2001.

Сравнительное правоведение / А. Х. Саидов. Институт государства и права РАН. – Москва: НОРМА, 2007. – 368 с.

Сравнительное правоведение: национальные правовые системы. Правовые системы Восточной Европы / под ред. В. И. Лафитского. – Москва: Контракт: ИЗиСП, 2012. Т. 1.

Сравнительное правоведение: национальные правовые системы. Правовые системы Западной Европы / под ред. В. И. Лафитского. – Москва: Контракт: ИЗиСП, 2012. Т. 2.

Сравнительное правоведение: национальные правовые системы. Правовые системы Азии / под ред. В. И. Лафитского. – Москва: Контракт: ИЗиСП, 2014. Т. 3.

*Сюкияйнен Л. Р.* Шариат и мусульманско-правовая культура. – Москва, 1997.

*Тихомиров Ю. А.* Курс сравнительного правоведения. – Москва: Норма, 1996.

*Тихомиров Ю. А., Талапина Э. В.* Введение в российское право. – Москва: Городец, 2003.

*Тихомиров Ю. А.* О способах анализа иностранных законов // Законодательство и экономика, 2001. № 5.

*Тихомиров Ю. А.* Право: национальное, международное, сравнительное. // Государство и право, 1998. № 8.

*Туманов В. А.* Сравнительное правоведение. Основные правовые системы современности. – Москва: Юристъ, 2000.

*Туманов В. А.* Сравнительное правоведение: учебник для вузов. – Москва: Юристъ, 2005.

*Цвайгерт К., Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Основы. – Москва: Международные отношения, 2000. Т. 1.

*Цвайгерт К., Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. – Москва: Международные отношения, 2005. Т. 2.

*Чернооков А. Э.* Введение в сравнительное правоведение: учеб. пособие. – Санкт-Петербург: ИВЭСЭП, 2004.

*Чиркин В. Е.* Верхняя палата современного парламента: сравнительно-правовое исследование / В. Е. Чиркин. – Москва: Норма, 2017.

*Чиркин В. Е.* Глава государства: сравнительно-правовое исследование. – Москва: ИНФРА-М, 2016.

*Чиркин В. Е.* Законодательная власть: монограф. – Москва: ИНФРА-М, 2016.

*Чиркин В. Е.* Сравнительное государствоведение: учеб. пособие. – Москва: Норма: ИНФРА-М, 2011.

*Элон М.* Еврейское право. – Санкт-Петербург, 2002.

*Учебное издание*

**Андреева** Ирина Анатольевна  
**Матанцев** Дмитрий Александрович

## **СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ**

*Учебное пособие*

Редактор *Г. С. Синиченко*  
Верстка *С. Н. Портнова*

Подписано в печать 22.03.2021. Формат  $60 \times 84 \frac{1}{16}$ .  
Усл.печ. л. 5,58. Уч.-изд. л. 5,12. Тираж 95 экз. Заказ №\_

Отделение полиграфической и оперативной печати РИО  
Академии управления МВД России  
125993, Москва, ул. Зои и Александра Космодемьянских, д. 8

ISBN 978-5-907187-58-0



9 785907 187580