

## **КРАТКОЕ СОДЕРЖАНИЕ ТЕМ ЛЕКЦИОННОГО КУРСА «ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ СОВРЕМЕННОСТИ»**

### **Тема 1. Общая характеристика основных правовых систем современности и их классификация**

#### *1. Формирование и развитие идей сравнительного правоведения.*

Общеизвестно, что сравнение правовых норм, национальных правовых систем осуществлялось с тех давних времен, когда появилось и само право, т.е. сравнительно-правовые исследования имеют давнюю историю. Первые работы в области компаративистики появились в древнем мире. Считается, что родиной сравнительного правоведения является Древняя Греция и Древний Рим. Основоположником применения сравнительного метода в правоведении также традиционно называют Аристотеля, который в своем главном труде «Политика» путем сравнительного анализа исследовал основные законодательные акты 153 греческих городов-государств. Большой вклад в развитие сравнительно-правовой мысли внесли Платон, Теофраст, а также, например, древнеримские публичные деятели Гай Юлий Цезарь, Гай Саллюстий Крисп и др.

Китайские источники свидетельствуют о широком применении метода сравнительного исследования различных правовых культур не только на Дальнем Востоке, но и в других правовых системах (трактаты Ян Шаня). Особое значение для развития сравнительно-правовых идей в древности имеет регион Месопотамии (например, Законы царя Хаммурапи).

Следующим этапом в развитии сравнительного правоведения является период средневековья. Метафизика средневековой методологии внесла значительный вклад в сравнительно-правовые исследования, поскольку было проведено наибольшее количество правовых заимствований, в том числе путем частичного рецепирования римского права и сравнения последнего с каноническим правом.

Большой вклад сравнительного направления правовых исследований рассматриваемого периода внесла и белорусская юриспруденция. Речь идет о создании первых в европейском регионе сводов законов, изданных в виде статутов Великого княжества Литовского 1529, 1566 и 1588 годов.

Формирование догматической основы сравнительного законодательства стало подходить к своему логическому завершению в XVII веке. Начинаясь новый этап формирования сравнительного правоведения, который характеризовался тем, что сравнительная догматика законодательства начинает изменяться за счет систематического использования сравнительного метода при описании позитивного права государств. У истоков этого процесса стояли такие сторонники естественного права, как Пуфендорф, Гроций, Монтескье и др. В этом процессе определения естественного права сравнительная догматика представлялась как эмпирическая данность естественно-правового состояния общества и

государства, что произошло именно благодаря «сравнению позитивного права всех стран» (А.В. Егоров).

Можно привести еще множество примеров из прошлого, но вместе с тем *начало развития сравнительного правоведения как науки относится ко второй половине XIX века*, когда важность сравнительного изучения права уже не подвергалось сомнению, а методы и цели сравнительного права систематически изучались и сам термин «сравнительное право» получил признание и вошел в научный оборот. В XIX веке после проведения национальных кодификаций идея «всеобщего права» сошла с арены и как результат появилась возможность и необходимость сравнивать законодательства различных европейских государств.

В 1900 г. в Париже состоялся I Международный конгресс сравнительного права, в котором приняли участие ведущие компаративисты мира. Были сформулированы основные понятия и категории сравнительного правоведения, выделены цели, задачи, поставлены вопросы его предмета и метода. Если в первой половине XX века развитие сравнительного правоведения можно характеризовать как разработку идеи «мирового права», то середина и вторая половина XX века – это уже период утраты веры в возможность создания общего права. Одной из причин является создание правовых систем социалистического права.

В трудах ученых России к. XIX–н. XX веков можно найти много примеров применения методов сравнительного правового анализа (работы Н.П. Загоскина, В.И. Сергеевича, М.М. Ковалевского, П.Г. Виноградова и др.).

Конец XX века характеризуется особым подходом к проблемам правовой интеграции и правового заимствования правовых элементов из разных правовых систем. Возникает европейское право и формируется европейское правовое пространство (например, гамбургский Институт иностранного и международного частного права имени М. Планка). Так завершился *предглобализационный* период развития науки и практики развития сравнительного правоведения, а также развития идей правовой интеграции. *Новый этап* начинается после распада семьи социалистического права с конца XX столетия и продолжается сегодня.

Что же касается СССР, то в советской юридической литературе были работы, посвященные проблемам сравнительного правоведения (А.Х. Саидов, Ю.А. Тихомиров, В.Е. Чиркин, Ф. М. Решетников и др.).

**2. Предмет сравнительного правоведения.** Итак, сравнительное правоведение сложилось как самостоятельная научная дисциплина во второй половине XIX века. В круг вопросов, составляющих предмет сравнительного правоведения, входят, по меньшей мере, три комплекса проблем: общетеоретические и методологические (предмет, цели, функции, задачи, «теория сравнительно-правового метода»); проблемы, связанные со сравнительно-правовыми исследованиями в рамках отраслевых юридических наук; сравнительный анализ основных правовых систем современности.

Важной особенностью сравнительного правоведения является то, что оно носит не внутринациональный, а межнациональный характер, сориентировано на изучение не только и даже не столько внутрисистемных (внутри каждой национальной системы права) проблем, сколько на анализ межнациональных проблем, лежащих в плоскости сравнительного анализа различных систем права.

Многие ученые-юристы оспаривают существование сравнительного правоведения как самостоятельного направления правовых исследований и считают, что это только частнонаучный *метод*. Подобный подход к сравнительному правоведению затрудняет проведение крупномасштабных сравнительно-правовых исследований правовых систем современности. Между тем сравнительно-правовой метод и сравнительное правоведение представляют собой две стороны одного вопроса. Они тесно взаимосвязаны, хотя между ними есть и определенное различие. Еще известный русский правовед Г.Ф. Шершеневич отмечал, что не следует смешивать сравнительное изучение законодательства в целях его совершенствования со сравнительным правоведением, задача которого – выявление общих законов развития права.

Сравнительное правоведение многоаспектно и многофункционально, призвано и может давать как собственно научные (теоретико-познавательные), так и практико-прикладные результаты. Оно представляет собой и применение сравнительного метода как особого частного-научного способа исследования, и направление правовых исследований в целом. Предметом сравнительного правоведения являются: 1) методологические проблемы сравнительно-правового исследования (при этом значительное место занимает теория сравнительно-правового метода); 2) сопоставительное изучение основных правовых систем современности; 3) традиционное «сравнительное законодательство», т.е. сравнение нормативных источников по конкретным правовым проблемам, преимущественно на уровне и в рамках отраслей права; 4) обобщение и систематизация результатов конкретных сравнительно-правовых исследований; 5) разработка конкретных методических правил и процессов сравнительно-правовых исследований; 6) исследование историко-сравнительных правовых проблем; 7) сравнительное изучение международно-правовых вопросов современности.

Определяя природу и статус сравнительного правоведения на современном этапе, можно сказать, что в структурном и функциональном плане эта сложившаяся, относительно самостоятельная и обособленная 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 (М.Н. Марченко). Сравнительное правоведение (правовая компаративистика) – общеправовая методологическая наука, предметом познания которой являются основные, типичные, всеобщие закономерности возникновения, функционирования и развития правовой компонент, изучаемых на уровне различных правовых

систем посредством всеобщего компаративного метода познания и преобразования правовой материи (А.В. Егоров).

**3. Понятие правовой системы.** В узком смысле под правовой системой понимается право определенного государства, терминологически обозначаемое как «национальная система». Данное понятие следует отличать от «системы права», как внутренней организации права, включающей многообразные элементы, их иерархию, а также связи между ними. Элементами системы права выступают правовые нормы, правовые институты, подотрасли и отрасли права. По нашему мнению, по большому счету «система права» – это правовой массив, т.е. структурно оформленная совокупность официально установленных и взаимосвязанных правовых норм, правовых актов. Что же касается правовой системы, то – это *правовая действительность* конкретного государства (правовая организация общества).

Правовая система в *широком смысле* – это определенная совокупность национальных правовых систем, которые объединяет общность происхождения источников права, основных правовых понятий, методов и способов развития. Понятие правовая система в широком смысле слова является синонимом терминам «семья правовых систем» (Р. Давид), «правовые круги» (М. Рейнштайн), «форма правовых систем» (И. Сабо), «структурная общность» (С.С. Алексеев). Наиболее распространен термин «правовая семья».

**4. Современная юридическая география мира и проблемы классификации правовых систем.** В настоящее время в мире существует более двухсот национальных правовых систем. Необходимо различать *типологию*, когда речь идет о принадлежности конкретной правовой системы к определенному историческому или цивилизационному типу права, и классификацию, которая основана на юридических критериях, но в рамках данной типологии.

Существует множество классификаций правовых систем (Р. Давид, К. Цвайгерт и Х. Кетц, Кр. Осакве, А.Х. Саидов и др.). В основу классификации могут быть положены географические, исторические, идеологические и сугубо юридические факторы. Для выделения основных правовых семей, по нашему мнению, наиболее существенными являются следующие факторы: история возникновения (генезис), формирования и развития правовых систем; теоретические концепции-доктрины; система источников права; структура правовой системы; специфика юридической техники и понятий, терминов, нормативного языка, используемых в национальных правовых системах; методы правового регулирования однородных общественных отношений либо смежных объектов правового воздействия; механизм правореализации.

Исходя из приведенных критериев для классификации, считаем, что можно говорить о следующих правовых системах в широком смысле или

правовых семьях: 1) романо-германской (континентальной) правовой системе; 2) системе общего (англосаксонского) права; 3) социалистическом праве; 4) религиозных и традиционных правовых системах; 5) смешанных правовых системах. Скандинавское и латиноамериканское право, по нашему мнению, примыкают к романо-германской правовой семье.

## Тема 2. Романо-германская (континентальная) правовая система

### 1. Формирование романо-германской правовой системы.

Формирование данной системы проходило в течение нескольких периодов: 1) период возникновения (V–XI–XII века); 2) период определенного господства обычного права (до XVIII века); 3) период законодательного права (с к. XVIII–нач. XIX века).

Для первого периода характерно господство так называемых *варварских правд*, но с принятием христианства образ жизни начал сближаться и вместо личного закона появляются территориальные обычаи. Законы варваров (например, Салическая правда VI века) регулировали только незначительную часть общественных отношений (это в основном право сильного и обращение к сверхъестественным силам с применением «инквизиционной» системы доказательств), а христианское общество основывалось на идеях братства и милосердия.

Во время второго периода, который начался с «папских революций», складывается *каноническое* право, в основе которого лежат папские конституции. Широкому распространению канонического права способствовали огромное влияние католической церкви и широчайшая юрисдикция церковных судов. Вместе с тем каноническое право восприняло немало положений римского права, переработав его и приспособив к условиям жизни феодального общества. И лишь в XVI веке (эпоха Реформации) влияние канонического права ослабевает и сужается сфера церковной юрисдикции.

Важную роль в «открытии» римского права сыграли университеты Северной Италии и соответственно школа *глоссаторов*, которая проделала огромную работу по восстановлению и обработке классического римского права. В дальнейшем (XVII–XVIII века) официальное признание римского права шло путем компиляций.

Для третьего периода характерен процесс кодификации и деления права на самостоятельные отрасли, а также создание публичного права. Таким образом, речь уже идет о полномасштабной рецепции римского права. Этому способствовала Французская революция (1789–1794 гг.) и личностные качества Наполеона. Французский гражданский кодекс 1804 г. занимает центральное место в наполеоновских кодексах. В последующие годы большинство европейских государств заимствовали данную практику. Кодификация завершает формирование романо-германской правовой системы (семьи) как целостного явления.

## **2. Источники права романо-германской правовой системы.**

Основным источником права в данной правовой системе является *нормативно-правовой акт*. Нормативно-правовые акты составляют единую иерархическую систему, «во главе» которой стоит конституция (основной закон) – документ высшей юридической силы, принимаемый обычно парламентом или народом на референдуме (либо издаваемый монархом). Отсюда – особая значимость закона в системе источников права. Во всех странах романо-германской правовой семьи есть писанные конституции, за нормами которых признается высший юридический авторитет. Следует подчеркнуть, что в системе источников права этой семьи главное место занимает *закон*. Помимо названного основного закона в странах романо-германской правовой системы одним из главных источников права являются конституционные законы. Европейская юридическая доктрина и законодательная практика различают также следующие разновидности закона: органические законы, ординарные законы (кодексы и текущие законы); в федеративных государствах – законы федеральные и законы субъектов федерации. Следует также отметить значительную роль подзаконных актов органов исполнительной власти и органов местного самоуправления.

*Обычай* в романо-германской правовой семье действует как дополнение к закону или самостоятельно при пробелах в праве. Возможны ситуации, когда обычай действует в противовес закону (например, в Италии морской обычай доминирует над нормой Гражданского кодекса). В целом, обычай в континентальном праве играет незначительную роль.

По вопросу *судебной практики* как источнике романо-германского права можно сделать вывод о ее отнесении к вспомогательным источникам, хотя позиция доктрины здесь весьма противоречива (например, «кассационный прецедент» высшей судебной инстанции). Вместе с тем для континентального права является характерным то, что судьи не создают право, а его применяют.

*Доктрина* играет важную роль в законотворческой и в правоприменительной деятельности. В правоприменительной деятельности роль доктрины проявляется в толковании закона. *Общие принципы* признаются своеобразным источником права. Подчас юристы могут ссылаться на принципы справедливости или доброй совести (например, данный источник права применяется в деятельности Государственного совета – высшей инстанции в системе французской административной юстиции).

**3. Структура континентального права.** Романо-германское право делится на две большие части – *публичное право* (регулирует общественные отношения, связанные с осуществлением власти, и т.д.) и *частное право* (регулирует вопросы частной жизни граждан). Публичное и частное право делятся на специализированные отрасли права. К публичному праву относятся отрасли и институты, которые определяют статус и порядок

деятельности органов государства и отношения индивида с государством (конституционное, административное, финансовое, уголовное, международное публичное право), а к частному праву, которое в большей своей части кодифицировано, относятся отрасли и институты, регулирующие отношения индивидов между собой (гражданское, семейное право).

Континентальное право носит ярко выраженный *кодифицированный* характер. «Во главе» отрасли, как правило, находится комплексный стабильный акт, содержащий основные положения данной отрасли права и применяемый непосредственно, – кодекс. Для континентального права также характерен принцип первичности *материального* права и вторичности процессуального права.

**4. Юридическая техника.** Странам романо-германской правовой семьи свойственен общий понятийный аппарат, т.е. сходство основных понятий, терминов и категорий, которыми оперирует каждая национальная правовая система. Главная причина, которая этому способствует, заключается в том, что во всех странах континентального права *правовая норма* понимается, характеризуется и анализируется одинаково, т.е. как формально определенное правило поведения общего характера. Понятие правовой нормы, принятое в романо-германской правовой семье, является основой кодификации.

### **Тема 3. Северное право (правовые системы Скандинавских государств)**

Первоначально следует сказать, что скандинавская правовая доктрина (так называемый *скандинавский правовой реализм*) различает понятие права от объема этого понятия, подразумевая под первым чистую форму модальности (долженствования), а под вторым – те конкретные положения, которые заключаются в содержании акта долженствования, объективированные вовне в форме источников права. «Право есть идея образа действия, осуществляемого в действительности», т.е. «право необходимо рассматривать как действительную реальность, но существующую в чисто теоретическом сознании, которое просто познает его» (Аксель Хегерстрем).

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

Северное право придерживается принципа верховенства закона. Норма права в скандинавских государствах имеет более абстрактный характер, чем норма англо-американского права. Эти особенности правовых систем Скандинавских стран и используются в качестве решающих аргументов в пользу отнесения права стран Северной Европы к романо-германской семье. Правда, ряд компаративистов настаивают на «промежуточном» положении

скандинавского права (например, шведский юрист А. Мальмстрем) либо рассматривают скандинавское право в качестве самостоятельной правовой семьи.

Все страны, входящие в семью скандинавского права (Швеция, Норвегия, Дания, Исландия и Финляндия), на протяжении веков связывали тесные культурные, экономические и государственно-политические узы. Исходным пунктом формирования права Скандинавских стран стали два законодательных акта, два свода: Кодекс короля Христиана V, принятый в Дании в 1683 г. (в 1687 г. его действие было распространено на Норвегию под названием «Норвежское право»), и Свод законов шведского государства 1734 г. В датском кодексе шесть разделов: о судопроизводстве; о церкви; о светских сословиях, торговле и семейном праве; о морском праве; о вещном и наследственном праве; об уголовном праве. Шведский кодекс 1734 г. состоит из девяти разделов: о браке; о родителях и детях; о наследовании; о недвижимости; о строительстве; о торговле; о преступлениях (уголовный кодекс); об исполнении судебных решений; о судопроизводстве и судостроительстве (насчитывает 1300 параграфов). Эти два свода и составили основы последующего развития обеих ветвей скандинавского права – датской и шведской. Развитие это происходило не в изоляции от континентальной Европы, однако попытки провести реформы законодательства, которые структурно затрагивали бы сложившуюся систему права, не увенчались успехом.

Продолжающий действовать и по сей день Свод 1734 г. практически не включает положений, входивших в него в момент принятия. В настоящее время законодательство, не укладывающееся в его систематику, охватывает многие отрасли шведского права: трудовое и акционерное право, законодательство об охране промышленной собственности и о социальном обеспечении, об охране окружающей среды, многие разделы административного права – иными словами, преимущественно все те области правового регулирования, которые появились по мере социально-экономического развития страны начиная с середины прошлого столетия.

Датский Свод сохранен по преимуществу как исторический памятник. Кодифицированное законодательство представляет далеко небольшую часть действующего права страны. И здесь, и в Норвегии отчетливо отражена позиция, придающая важное значение судебной практике как источнику права. Немаловажна роль судебной практики и в Швеции, и это отличает северное право от романо-германской правовой семьи, сближая его в какой-то мере с общим правом.

*Своеобразие* скандинавского права заключается в том, что римское право сыграло в его развитии мене заметную роль, чем, например, в праве Франции и Германии. В северных государствах нет и не было кодексов, подобных Французскому гражданскому кодексу (Кодексу Наполеона) или Германскому гражданскому уложению. Северному праву также неизвестно деление права на публичное и частное, а поскольку оно не кодифицировано, то и соответственно на отрасли права. Например, шведский законодатель

(здесь же отметим значительное влияние Швеции на формирование источников скандинавского права) никогда не стремился выработать определенные правовые принципы, применяемые к каждой из отраслей права. Это привело к тому, что число норм общего характера крайне незначительно.

В настоящее время обозначилась противоположная направленность в законодательстве: от специальных правовых норм, направленных на урегулирование конкретной жизненной ситуации, к так называемым *каучуковым нормам*. Смысл их сводится к наделению судебных или иных государственных органов широкой свободой усмотрения при решении правовых проблем, поскольку эти нормы отсылают к таким категориям, как «разумность», «справедливость», «добросовестная деловая практика» и т.д. Таким образом, судебная практика здесь более значима, чем в странах континентальной Европы. Судьи, по существу, занимаются нормотворчеством, прикрываясь видимостью толкования закона.

В то же время скандинавское право нельзя отнести и к системе англо-американского права, поскольку оно почти не имеет таких характерных признаков общего права, как правило прецедента или особая роль процессуального права. Вместе с тем некоторые элементы национальных правовых систем Скандинавских стран, пожалуй, ближе к системе общего права, чем к романо-германской правовой семье. В частности, законодатель в Скандинавских государствах долгое время избегал пользоваться нормами с высоким уровнем обобщения (например, гражданский и уголовный процессы регламентируются одними и теми же правилами). При отсутствии понятия прецедента в том виде, в каком оно существует в английском праве. Например, Верховный суд Швеции косвенно наделен правотворческой функцией. В то же время правовая норма, созданная судебной практикой, не имеет такого авторитета, как норма закона, поэтому существует и применяется лишь в той мере, в какой каждый судья считает ее приемлемой.

Государства Балтии активно втягиваются в сферу влияния скандинавского права и правовая помощь рассматриваемых государств находит свое отражение в законодательстве прибалтийских стран.

#### **Тема 4. Правовые системы государств Латинской Америки**

Данная правовая семья приобрела черты устойчивой общности примерно в пределах последнего столетия. Существовавшие ранее обычаи и традиции древних народов, населявших материк, постепенно видоизменялись и ограничивались сильным правовым влиянием колонизаторов.

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

историческому развитию французскому праву (например, ГК Гаити 1825 г., ГК Боливии 1830 г.).

Общность исторической судьбы латиноамериканских государств, сходство социально-экономического строя и классовой структуры в большинстве из них породили исходные политико-правовые институты. Этим обусловлено и сходство их правовых систем, что позволяет говорить о латиноамериканском праве. Разумеется, это не исключает достаточно существенных отклонений права ряда стран Латинской Америки от этой общей модели (например, Куба). Тем не менее ее существование вполне оправданно. Вместе с тем Р. Давид полагал, что латиноамериканское право, хотя и принадлежит по своей структуре и общим чертам к романо-германской правовой семье, заслуживает того, чтобы его классифицировать в рамках этой семьи как *отдельную группу* ввиду некоторых особых черт. Такая позиция преобладает сегодня и в постсоветской литературе.

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

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

Роль *обычая* как источника латиноамериканского права варьируется от страны к стране. Так, в Аргентине она несколько больше, чем в среднем, а в Уругвае, наоборот, меньше. Но в целом это субсидиарный источник права, и на европейском континенте он используется в случаях, оговоренных законом.

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

*Отличие* латиноамериканского права от романо-германской правовой системы. Это касается прежде всего сферы *публичного* права. Если, завоевав независимость, страны Латинской Америки в поисках модели частного права заимствовали европейские модели, то конституционный образец они нашли в США. Конституции этих стран заимствовали американскую форму правления – президентскую республику и другие конституционные институты. У молодых государств Латинской Америки и не было другого выбора, поскольку Конституция США была в то время единой писаной действующей конституцией. Восприятие американского конституционного образца дает основание говорить о *дуализме* латиноамериканского права, о соединении в нем европейской и американской моделей. С последней

связано особое внимание конституций латиноамериканских стран к институту судебного контроля за конституционностью законов, дополненное использованием таких процедур (например, ампаро (исп. *amparo* – покровительство, защита, помощь), заимствованное в испанском праве, как особая процедура, являющаяся средством защиты основных конституционных прав личности и во многом сходная с конституционной жалобой, которая носит индивидуальный характер), которых не знает американская модель судебного конституционного контроля.

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

Латинская Америка сегодня освобождается от пассивного подражания иностранным политико-правовым моделям. Усиливается тенденция учреждения и развития государственно-правовых и общественно-политических институтов местного национального происхождения. Также усиливается региональное и одновременно взаимное правовое влияние стран Латинской Америки. Бразилия стремится к региональной интеграции с целью образования Латиноамериканского Содружества Наций.

## Тема 5. Социалистическая правовая система

В течение почти всего XX столетия наряду с другими правовыми семьями развивалась еще одна правовая семья. Речь идет о социалистическом типе права, вызвавшем неодинаковую реакцию. Заслуживают внимания характеристики Р. Давидом социалистического права как разновидности правовых семей. В советской юридической науке социалистический тип права рассматривался как исторически наивысшая и последняя ступень в развитии права.

Идейную основу данных правовых систем составляло учение К. Маркса, Ф. Энгельса и В.И. Ленина, которые сформулировали *основные характеристики* социалистического права: его обусловленность социально-экономическим строем общества; классовость права как возведенной в закон воли экономически господствующего класса, орудия его политической власти; способность права оказывать значительное обратное воздействие на развитие общественных отношений. Они обосновали экономические, политические и идеологические предпосылки необходимости права в социалистическом обществе. Вместе с тем, критикуя буржуазное право и доказывая необходимость его революционной отмены, они не выступали за ликвидацию в ходе пролетарской революции всякого права вообще, т.е. существование на определенном историческом отрезке так называемого *социалистического права* предполагалось.

Руководящая и направляющая роль марксистско-ленинской партии являлась *главным* условием становления социалистической правовой системы. Поэтому на вершине иерархии юридических актов правила,

исходившие от Центрального Комитета КПСС либо от их подразделений (Политбюро, Секретариат), имели приоритет перед любыми другими правовыми актами. Выпячивание командной роли парткомов противоречило пропаганде преимуществ социалистического строя, поэтому с середины 30-х годов получило широкое распространение практика издания совместных постановлений ЦК ВКП(б) – КПСС и Совета Министров (СНК) СССР. Она стала формой легализации государственного нормотворчества партийных комитетов. На практике данные решения рассматривались правоприменительными органами как *надзаконные*, что приводило к подрыву принципа верховенства законов.

Правовые системы большинства стран, входивших в семью социалистического права, ранее относились к романо-германской правовой семье, поэтому они *сохранили с ней внешнее* сходство. Так, в обеих правовых семьях – и в романо-германской, и в социалистической – норма права всегда понималась как общее правило поведения. В них сохранялись также прежняя юридическая терминология и старое, досоциалистическое деление права на отрасли.

Вместе с тем особенности рассматриваемой правовой системы были значительными, поэтому она образовала самостоятельную правовую семью – сначала в РСФСР – СССР, затем в странах Восточной Европы (1945-1950 гг.) и на Кубе (60-ые годы). После Второй мировой войны возникла восточноазиатская группа социалистической правовой семьи – право КНР, Северной Кореи и Вьетнама.

В советской правовой системе значительную конкуренцию законам составляло ведомственное правотворчество. К началу 80-х годов только в сфере управления народным хозяйством накопилось до 200 тысяч различных приказов, инструкций и иных подзаконных актов. Главным законодателем в советском государственном аппарате стал Президиум Верховного Совета СССР. В Конституции СССР 1936 г. Президиуму Верховного Совета сначала отводилась роль толкователя законов, которые принимались на сессиях парламента. Затем явочным порядком через Президиумы Верховного Совета СССР, а также союзных и автономных республик стали издаваться и проводиться указы, вносящие изменения и дополнения в законы СССР и соответствующих республик, а в конце 40-х годов практика «указного» законотворчества была легализована поправкой в Конституции. За 1938-1985 гг. Верховный Совет СССР издал 120 законов об утверждении указов своего Президиума.

Во второй половине 50-х годов возобновилась кодификация, которая началась на союзном уровне и ознаменовалась принятием новых Основ законодательства Союза ССР и союзных республик: уголовного (1958 г.), гражданского (1961 г.), земельного и о браке и семье (1968 г.), исполнительно-трудового (1969 г.), о труде (1970 г.) и др. Введение в действие этих Основ и не замедливших последовать за ними соответствующих новых республиканских кодексов позволило не только

систематизировать накопившийся нормативный правовой материал, но и существенно изменить его.

До социалистической революции во всех социалистических государствах не было единой правовой системы и в их развитии существовали значительные различия. Вне этой основной характеристики, с точки зрения их юридической истории, *европейские страны* могут быть разделены на две группы. Право в *первой* группе стран – Венгрии, Польше, Чехословакии, Хорватии, Словении – развивалось почти так же, как в Германии, Австрии и во Франции. В этих странах существовала сильно укоренившаяся юридическая традиция, т.е. право рассматривалось как одно из фундаментальных устоев общества. Во *второй* группе стран – в Албании, Болгарии, Румынии, Сербии – право исторически развивалось иначе, поскольку эти страны, как и Россия, долгое время испытывали на себе влияние Византии, а не Западной Европы.

В европейских национальных социалистических правовых системах отмена норм старого права чаще всего проводилась не законодательным путем, а в процессе правоприменительной деятельности органов государства (например, с помощью решений по конкретным делам). На начальной стадии становления социалистического права в европейских странах нормотворческая деятельность судебных органов была весьма активной. В отличие от СССР в европейских социалистических странах сохранилась преемственность и в области судебной практики (например, польская судебная практика вплоть до 90-х годов продолжала ссылаться на довоенную судебную практику).

Государственная социалистическая собственность была принята во всех социалистических странах, за исключением Югославии, где общественная собственность в соответствии с Конституцией 1974 г. была передана в непосредственное ведение ассоциированных объединений трудящихся и единственным владельцем всего неделимого фонда являлось само государство. Все социалистические страны Европы осуществляли социалистические преобразования в сельском хозяйстве через кооперативное производство.

Между правовыми системами социалистических государств Европы и Азии существовали определенные различия, имеющие важное значение. Эти различия происходили из своеобразия исторического пути развития азиатских стран. Дело в том, что основные черты права и множество юридических традиций азиатских стран самобытны и всегда сохраняли свою собственную индивидуальность. Например, в результате многовекового влияния *конфуцианства*, а затем господства колонизаторов в азиатских странах в сознании различных слоев их населения укоренилось в целом негативистское отношение к праву, которое в отличие от европейских стран не рассматривалось как опора социального строя, а выступало в основном как орудие устрашения. В Европе все имущественные отношения связывались с правом собственности, и быстро развивалось *частное право*, основу которого составляли имущественные отношения. В Азии право

получило преимущественно *публично-правовое* развитие и сводилось в первую очередь к административной регламентации с жестко фиксированными обязанностями, строгой уголовной ответственностью. Следует также отметить, что в азиатских странах в отличие от европейских старое законодательство было отменено сразу (например, в КНР в результате победы социалистической революции отменялись все дореволюционные законы).

В Республике Куба формально старое право не было отменено, поэтому действующее после революции право представляло собой сложное переплетение старых и новых нормативных актов. До завоевания независимости Куба в течение длительного времени была колонией Испании и ее право было преимущественно испанским. Итогом процесса создания нового законодательства явилась первая социалистическая кубинская Конституция 1976 г., в которой закреплялась социалистическая система ведения хозяйства, основанная на общественной собственности на средства производства, на ликвидации эксплуатации человека человеком.

После распада СССР и социалистической системы в юридической науке обсуждается несколько вариантов развития постсоциалистической правовой семьи («возвращение» традиционных правовых семей и прежде всего континентального права; формирование общего славянского права с приоритетным влиянием российской правовой идеологии; постепенное формирование на постсоциалистическом пространстве двух-трех правовых семей: прибалтийской с тяготением к скандинавской правовой семье, славянской правовой семьи в сочетании с азиатско-мусульманской правовой семьей, центральноевропейской с тяготением к романо-германской семье.

## **Тема 6. Система общего (англосаксонского) права**

**1. История формирования и развития общего права.** Общее право (Common Law) – это система, несущая на себе глубокий отпечаток его истории, а история эта до XVIII века была исключительно историей английского права. Она шла *три* путями: путем формирования общего права, дополнение его правом справедливости (Eguity Law) и толкования статутов (Statute Law).

Первоначально следует сделать следующую оговорку. То, что называют *английским правом* в строгом смысле слова, имеет весьма ограниченную сферу применения: Англия, Уэльс и Соединенное Королевство обладают различными правовыми системами, некоторые из которых, например правовая система Шотландии, обладают весьма примечательными особенностями в сфере правоприменения.

В истории общего права (английского права) выделяют несколько основных периодов. *Первым* периодом, как правило, указывают время *до нормандского завоевания* Вильгельмом Завоевателем (1066 г. – «англосаксонский» период). Как известно, в V веке кельтские племена подверглись вторжению со стороны германских племен (англов, саксов,

ютов). В этот период основными источниками права были *обычаи* и «*королевское законодательство*» (например, Правда Этельберта – 601-604 гг., Законы Кнута, Правда Альфреда и т.д.). Можно сказать, что до нормандского завоевания не было права общего для всех, оно было сугубо локальным, местным.

*Второй* период начинается с 1066 г. и продолжается до конца XV века. Этот период характеризуется *становлением общего права*. Феодальный режим, учрежденный Вильгельмом Завоевателем в Англии, укрепил престиж и власть короля, тогда как на континенте королевская власть попиралась могущественными вассалами. Именно этот режим создаст правовую систему, призванную развиваться на протяжении тысячелетия. Вильгельм, который представлял себя в качестве короля и наследника престола, пообещал англичанам соблюдать их законы. Компетенцией по применению светского права обладали местные суды, церковные суды применяли каноническое право, а города, которые получили право иммунитета, имели муниципальные суды. Король являлся источником правосудия. И если первоначально он непосредственно отправлял правосудие по некоторым крупнейшим делам (осуществлял «высший суд» при угрозе миру в государстве и в случае, если дело нельзя было разрешить в обычном порядке), то уже при Генрихе II (XII век) постепенно его суд расширил свою компетенцию до такой степени, что возникла необходимость создавать *королевские суды*, отличные от суда Короля в узком смысле. Королевские суды стали автономными, т.е. отделились от «высшего суда» и рассматривали три категории дел: королевские финансы, земельная собственность и недвижимость, тяжкие уголовные преступления, затрагивающие мир в королевстве. Именно королевские суды, которые получали все большее применение в ущерб обыкновенным судам, при вынесении своих решений ссылались на *общее право*, которое постепенно создавалось. Королевские передвижные суды, отправляющие правосудие в своих округах с участием суда присяжных, в конце XII века стали рассматривать дела в Лондоне и выносить решения в отсутствие короля, обращаясь к нему лишь по самым сложным делам. С тех пор Королевский суд, или Скамья, будет постоянно заседать в Вестминстере, а в последствии произойдет разделение двух судебных структур: суды общих дел, к которым на первых порах отойдут земельные споры, и Суд королевской скамьи, которому будут подсудны дела о наиболее тяжких преступлениях. Данные суды не являлись апелляционными инстанциями, но с ними связано начало формирования общего права, т.е. *общего* для всей Англии.

Способом обращения в королевские суды Вестминстера было *предписание*, т.е. обращение к канцлеру выдать *приказ* (предписание о долге, о нарушении владения и т.д.), на основании которого можно попасть под королевскую юрисдикцию. Приказ являлся распоряжением короля. Если канцлер находил ходатайство обоснованным, он выносил от имени короля распоряжение, требованиям которого должно было подчиниться лицо, которое мы бы назвали ответчиком. Это письменное распоряжение и

называлось приказом. Так как канцлер и корона были заинтересованы в расширении компетенции королевских судов (доходы, укрепление власти), то список предписаний увеличивался. Поскольку расширение компетенции шло со ссылкой на интересы короны, то дела считались *спорами публичного права*. Предписание (приказ) было своего рода *первой* стадией процесса, т.е. это было указание королевским судебным чиновникам предложить ответчику не нарушать право и удовлетворить требования истца. Если ответчик игнорировал предложения чиновников, то наступала *вторая* стадия, т.е. подача иска в королевский суд, который рассматривал дело не в силу возражений ответчика против иска, а в связи с его *неповиновением приказу-предписанию*. Со временем список предписаний расширялся. Таким образом, в лице Вестминстерских судов возникла новая юриспруденция, обусловленная развитием централизованной королевской власти. Здесь же отметим, что с момента зарождения общему праву присуще первоочередное значение *процессу*, а не материальному праву.

Со второй половины XV века начинается *третий* период истории общего права, это период появления «*права справедливости*» и его компромисса с общим правом. Некоторые исследователи данный период именуют «периодом рассвета общего права» (М.Н. Марченко). Упадок, а затем исчезновение местных феодальных судов и ограниченная компетенция королевских (общих для Англии) судов вызвали необходимость поиска новых форм осуществления правосудия, чтобы восполнить пробелы общего права (например, появилась так называемая доверительная собственность). Частные лица, не имея возможности добиться решения в королевских судах в силу ограниченности их компетенции или в случае неудовлетворения решением, вынесенным по их делу, стали обращаться к королю с просьбой «оказать милосердие по совести и по существу». Такое обращение проходило через «проводника королевской совести» – лорд-канцлера, являвшегося исповедником короля. Если он считал целесообразным, то передавал королю и тот ставил ее на рассмотрение в королевском совете. Постепенно аппарат при лорд-канцлере превращается в суд, не связанный с нормами «общего права», а руководствующийся нормами «*справедливости*». С XVI века обращения направляются непосредственно лорд-канцлеру. К основным характерным чертам «права справедливости» можно отнести: письменная и тайная процедура; «право справедливости» – это милость короля, а не исконное право потерпевшего, т.е. носит дискреционный характер; многие принципы заимствованы из римского канонического права; к «праву справедливости» относятся отношения, которые не были известны общему праву, например, недвижимое имущество, торговые товарищества, банкротство и др.

В принципе «право справедливости» вело английское право к романо-германской правовой системе и к исчезновению судов общего права, с чем последние не были согласны. Острые конфликты между судами начались в начале XVII века. В результате молчаливого компромисса юрисдикция лорд-канцлера продолжала существовать, но не должна была расширяться за счет

судов общего права и в соответствии с *прецедентами* «права справедливости».

С 1832 г. начинается период реформ и консолидации норм (*четвертый* период). В 1873 – 1975 гг. были проведены реформы судоустройства. Акты о судоустройстве ликвидировали формальное различие между судами общего права и «правом справедливости». Все суды получили право применять и те и другие нормы, тем более, что нормы «права справедливости» стали строгими как и нормы общего права. Реформа 70-х гг. полностью отменила процессуальные последствия системы предписаний. До этого времени истец обязан был указать перед началом процесса, какую из 70-80 типовых формул исковых заявлений он выбирает для обоснования своих требований. Выбор был окончательным, т.е. истец определял тип прецедента, в соответствии с которым решалось дело. Теперь все начиналось с официального вызова в суд на основании заявления истца, в котором он в свободной форме излагал суть дела, и ему не требовалось выбирать определенную типовую формулу искового заявления. Вместе с тем «право справедливости» применялось, но только судом канцлера.

На рубеже XX и XXI веков в Англии была осуществлена реформа верхней палаты парламента – Палаты лордов (начался *пятый* период). Реформа (1999 – 2002 гг.) упразднила сословный порядок формирования Палаты. В феврале 2004 г. в верхнюю палату парламента был внесен «Билль о Конституционной реформе», основным содержанием которого было лишение Палаты лордов ее юрисдикционной функции и учреждение Верховного Суда Соединенного Королевства во главе судебной системы страны. Получив королевскую санкцию (апрель 2005 г.), он стал законом, получив официальное наименование Акт о Конституционной реформе 2005 г. В лице лорд-канцлера до конца XX века были соединены все три власти: законодательная (спикер верхней палаты); исполнительная (министр Короны); судебная (глава высшей судебной инстанции). В настоящее время за ним сохранились лишь полномочия в рамках исполнительной власти. Таким образом, Палата лордов была лишена судебной функции.

**2. Источники права англосаксонской правовой системы.** Судебный прецедент является основным источником английского права и в наибольшей мере раскрывающий своеобразие англосаксонской правовой системы. Он возник в Англии и распространился в десятках стран мира.

Специфика английского права состоит не в прецеденте как таковом, когда ранее вынесенные решения принимаются во внимание при рассмотрении сходных вопросов. Речь идет о действии *доктрины прецедента*, или *stare decisis*, суть которой в обязанности судов следовать решениям судов более высокого уровня, а также в *связанности* апелляционных судов своими прежними решениями. Доктрина прецедента обуславливает особую роль суда в формировании и развитии права. Если на европейском континенте судьи лишь применяют правовые нормы, то в условиях прецедентного права, вынося решение или приговор, они

одновременно *объявляют* или *создают* право, т.е. выступают в роли законодателей. Альтернатива – «объявляют или создают» – объясняется неодинаковой природой судебных прецедентов. Одни из них (*деклараторные*) повторяют уже существующие нормы права или дают их толкование. Другие (*креативные*) – восполняют пробелы законодательства и создают таким образом новую норму.

В настоящее время в Англии насчитывается около 800 тыс. судебных прецедентов, и каждый год прибавляется примерно по 20 тыс. новых, что составляет 300 сборников по внутреннему и европейскому праву. Правда, из них лишь 350 тыс. прецедентов действующих.

При нынешней организации судебной системы ситуация выглядит следующим образом. Решения высшей инстанции (Верховного Суда Соединенного Королевства, а ранее Палаты лордов) являются обязательными для всех других судов. Апелляционный Суд обязан соблюдать прецеденты Верховного Суда и свои собственные, а его решения обязательны для всех нижестоящих судов. Высокий Суд (и все его отделения) связан прецедентами обеих вышестоящих инстанций, его решения обязательны для всех нижестоящих инстанций, а также не будучи строго обязательны, влияют на рассмотрение дел в его отделениях. Окружные и магистратские суды обязаны следовать прецедентам всех вышестоящих инстанций, а их собственные решения прецедентов не создают. Не считаются прецедентами и решения Суда Короны, созданного в 1971 г. для рассмотрения особо тяжких уголовных преступлений.

Обязательным является не все судебное решение, а лишь та его часть, которая называется *ratio decidendi* (основание решения, относящееся к делу). Не каждое правоположение, сформулированное судьей в ходе изложения мнения по делу, составляет *ratio*, поэтому важно уметь анализировать решение и выделить из него *ratio decidendi*. Это своего рода *принцип*, лежащий в основе решения. Данному принципу в дальнейшем и будут следовать судьи. Наряду с *ratio decidendi* составной частью судебного решения является *obiter dicta* (попутно сказанное), т.е. умозаключение, либо основанное на факте, существование которого не было предметом рассмотрения суда, либо хотя и основанное на установленных по делу фактах, но не составляющее сути решения. Для английского права характерно деление прецедентов на *обязательные*, или связывающие, и *убедительные*. Если *ratio decidendi* является прецедентом, то *obiter dicta* может им стать лишь в силу своей *убедительности*. Вместе с тем в известных ситуациях и *ratio decidendi* может рассматриваться в качестве *убедительных* прецедентов (например, решение судов более низкого уровня, чем тот, которому предлагается последовать этим решением, а также решения судов Шотландии и стран общего права).

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

Классическая английская теория видит в законе *второстепенный* источник права, который привносит лишь ряд поправок и дополнений к праву, созданному судебной практикой. Согласно данной концепции, закон «не считается нормальной формой выражения права, а всегда является инородным телом в системе английского права» (Р. Давид).

В последнее столетие и особенно во второй половине XX века происходило интенсивное развитие законодательства. В настоящее время в Англии ежегодно принимается 80-90 законов. Функции администрации стали расширяться и законы стали регулировать отношения частных лиц и администрации в новых отраслях общественной жизни, а это вело к сложностям в применении к ним традиционных принципов права, связанных с казуальным характером прецедентного права. В некоторых случаях закон сознательно принимался с целью отменить конкретный прецедент, а иногда прецедент и закон предлагали разное решение одного и того же вопроса. Таким образом, прецедентное и статутное право стали находиться в сложных взаимоотношениях. Юристы стран «общего права» не имеют единого мнения по поводу того, следует ли *прецеденты толкования* относить к прецедентному праву. Следует признать, что судебное прочтение закона (прецеденты толкования) широко применяются и могут существенно изменить статутное право.

Все это говорит о том, что «было бы упрощением относиться к парламентскому законодательству как к источнику права, стоящему выше прецедента» (Р. Уолкер).

*Обычай.* С выдвиганием на первые позиции государственного правотворчества развитие обычаев идет в трех направлениях: 1) значительная их часть (поглощается) законодательством или прецедентным правом; 2) конституционные и судебные обычаи (соглашения), которые формально не являются юридическим источником права; 3) обычаи, которые действуют в (чистом) виде. В настоящее время обычай в последнем смысле имеет весьма ограниченное значение в английском праве в силу правила, которое было установлено законом 1275 г., что он является обязательным, если имеет характер *старинного обычая*, существовавшего до 1189 г. (когда исключались иски о возврате земли). Требование, чтобы обычай был старинным, т.е. действующим «с незапамятных времен», касается местных обычаев и на торговые обычаи оно не распространяется.

Как известно, в Великобритании и Новой Зеландии действуют неписанные конституции, источниками которых являются законы, прецеденты, а также обычаи и конституционные соглашения. Значительную роль играет последний источник, который является неписанным.

*Доктрина.* Для английской правовой доктрины важно признание ее судьями. Цитирование работ ученых-юристов в судебных решениях придает доктрине статус «авторитетной работы». Признание научной работы источником права происходит, потому что в ней содержится *текст прецедента*, на который можно сослаться. Таких работ и, следовательно,

авторов не многим более десятка (работы Гленвилла, Брэктона, Остина, Дайси).

**3. Структура англосаксонского права.** Таким образом, английское право обрело как бы *тройную* структуру: общее право – основной источник, право справедливости, дополняющее и корректирующее этот основной источник, и статутное право – писаное право парламентского происхождения. «Разумеется, это несколько упрощенное, схематизированное изображение» (А.Х. Саидов).

К основным характерным чертам структуры рассматриваемого права можно отнести: 1) отсутствие деления на частное и публичное право, так как компетенция судов исторически обосновывалась только интересами Короны в том или ином споре; 2) деление права на общее и право справедливости, несмотря на их формальное «слияние», закрепленное Актами о судеустройстве 1873 и 1875 гг.; 3) для английского права не свойственна строгая отраслевая классификация, хотя базовые отрасли и получили устойчивое развитие; 4) в английском праве доминирует процесс над материальными нормами.

**4. Юридическая техника.** В Англии сложился принцип жесткого следования прецедентам. Наиболее ярко он проявляется в правиле, согласно которому авторитет старых прецедентов с течением времени не только не утрачивается, но, напротив, возрастает. Вместе с тем общее право представляет собой сложный и противоречивый комплекс правил, оговорок, фикций и т.д., которые с одной стороны жестко связывают свободу усмотрения судьи, с другой – позволяют отступить от принципа *stare decisis* при внешней видимости его соблюдения.

*Правовая норма* в представлении англосаксонского юриста – это выработанная судьей или опосредованная через судебную практику конкретная правовая ситуация, а система норм права – это система жизненных обстоятельств.

*Кодексы* стран «общего права», если они есть, представляют собой *компиляцию* законов и прецедентов и не претендуют на всеобъемлемость.

## **Тема 7. Правовая система США**

**1. История формирования правовой системы США.** Как известно, первые английские поселения на территории США появились в нач. XVII века (в 1607 г. в Вирджинии, в 1620 г. в Массачусетсе). За несколько десятков лет образовалось 13 колоний. Английские переселенцы, обосновавшиеся на территории США, принесли с собой и английское право, а обычаи и традиции местного вытесняемого населения игнорировались как нечто нецивилизованное и враждебное. В литературе дается различная периодизация формирования американского права (например, К. Ллевелин выделяет *три* периода развития американского права: первый – с 1800 г. до гражданской войны, второй – с гражданской войны до Первой мировой войны, третий – от Первой мировой войны до настоящего времени; И.Ю.

Богдановская выделяет *четыре* этапа в развитии американского права: первый – этап утверждения прецедентного права в колониальный период, второй этап начинается после получения независимости и продолжался до 1830 г., третий этап – с 1830 по 1860 г. – характеризуется рядом изменений в прецедентном праве, со второй половины XIX века до настоящего времени продолжается четвертый этап). Мы же остановимся на принципиальных моментах истории формирования права.

Южные колонии (Вирджиния, Каролина) более точно придерживались английских традиций и, следовательно, общего права; северные (Массачусетс, Нью-Гэмпшир, Коннектикут) – в меньшей степени. Но как-бы то ни было право США происходит из *одного* источника – английского права; другое дело, что это право применялось «в той мере, в какой его нормы соответствуют условиям колонии» (дело Кальвина 1608 г.). Именно это *ограничение* имело основное значение для становления американского права, т.к. условия жизни колоний совершенно не соответствовали нормам английского общего права.

И тому были причины: важнейшие нормы английского общего права были выработаны феодальным обществом и для общества такого типа; в колониях отсутствовала централизованная судебная власть, поэтому широко было распространено судебное усмотрение, что нередко способствовало обращению к Библии; не было опытных юристов подобно английским; различный этнический состав, разнообразие вероисповеданий вели «к американскому образу жизни». Война за независимость (1776–1783 гг.) обострила враждебные настроения против Англии и соответственно стала выдвигаться идея автономии американского права, т.е. доктрина писаного кодифицированного права. Принятие писаной федеральной Конституции (1787 г.), конституций штатов, а за тем принятие в ряде штатов уголовных кодексов, уголовно-процессуальных кодексов, гражданского кодекса (Луизиана 1808 г.), гражданско-процессуального кодекса (Нью-Йорк 1848 г.) давали основания, что развитие права пойдет по пути романо-германской правовой семьи.

Но этого не произошло, так как освободиться от концепций, правовой техники, к которым привыкли и применяли почти инстинктивно, было гораздо сложнее. Утвердившись на временной основе, ожидая создания национального права, английское право «воспользовалось» несколькими благоприятными факторами, для того чтобы продлить свое присутствие. Английский язык позволял использовать труды общего права в большинстве штатов, а практика ссылок на общее право длилась уже много лет. «Первые великие американские авторы – Кент и Стори, даже если они ссылались и на французское право (особенно Кент), оставались верными методам английских юристов» (Р. Леже).

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

поглощены общим правом. В целом же в США сложилась *дуалистическая* система, сходная с английской: прецедентное право во взаимодействии с законодательством.

**2. Особенности структуры права США.** Право США в целом имеет структуру аналогичную структуре английского общего права. Так, в принципе нет деления на частное и публичное право, хотя в американской литературе к частному праву относят: контракты, собственность, семейное право, право торгового оборота, обязательства, вытекающие из правонарушений и т.д. Есть общее право и право справедливости. Правда, *право справедливости*, заимствованное вместе со своими английскими характеристиками, открыло для себя сферу более пространную, чем в Англии. Браки, разводы, недействительность завещаний стали относиться к области права справедливости в силу причин исторического порядка, поскольку каноническое право никогда не будет применяться в Соединенных Штатах.

Вместе с тем аналогичность структуры проявляется только *в целом*; стоит приступить к рассмотрению той или иной проблемы, как выявляются многочисленные структурные *различия* между американским и английским правом, многие из которых действительно существенны.

*Первым* и крайне важным из таких различий является федеральное устройство США и соответственно наличие федерального права и права штатов. В США существует 51 система права. Штаты наделены весьма широкой компетенцией, в пределах которой они создают свое законодательство и свою систему прецедентного права. Что касается законодательства, то согласно поправки X штаты имеют *«остаточную»* компетенцию, которая носит скорее конкурирующий характер. Им запрещается только принимать положения, противоречащие нормам федерального права, а при отсутствии федерального закона, духу Конституции (вопрос разграничения законодательной компетенции является сложным и спорным, несмотря на разделы 8, 9, 10 ст. 1).

*Вторым* различием является наличие *писаной* Конституции, а точнее, целой системы конституций и, как было сказано ранее, предоставление широких полномочий штатам. Здесь же следует также отметить и такое отличие американского права от английского, как значительный удельный вес статутного права (законодательства). Поскольку штатам предоставлена достаточно широкая законодательная компетенция, они ею активно пользуются. Отсюда *значительный по масштабам массив законодательства*, т.е. статутного права на уровне штатов.

Наличие писаной Конституции соответственно предопределило и *судебный надзор за конституционностью законов* как на общенациональном уровне, так и в отдельных штатах. Такой надзор отсутствует в Соединенном Королевстве (и в Англии в частности) по самой простой причине – отсутствие писаной Конституции. Эта прерогатива по контролю за конституционностью законов, признанная за собой Верховным судом, была

распространена также на контроль за конституционностью судебных решений и быстро утвердилась как фундаментальный аспект нового права Соединенных Штатов. Она значительно повышала роль судьи, утверждая в силе систему права, в которой судебные решения в иерархии источников были приравнены к писаным законам.

Еще одно *важное* отличие американского права от английского – это несколько иное, более свободное действие правила прецедента. Высшие судебные инстанции штатов и Верховный суд США никогда не были связаны своими собственными прецедентами. Отсюда их большая свобода в процессе приспособления права к изменяющимся условиям в зависимости от конкретной социально-политической обстановки.

К отличиям американского права от английского можно также отнести отсутствие деления на старые и новые обычаи, поскольку США является относительно молодым государством.

**3. Источники права правовой системы США.** К источникам американского права обычно относят судебный прецедент, законодательство, нормативные правовые акты органов исполнительной власти, обычай и право справедливости.

*Прецедент и общее право.* Первоначально в США была предпринята попытка утвердить наличие *федерального общего права*, а не раздробленного общего права штатов. К этому подталкивало конституционное положение о существовании *федеральной* судебной системы (окружные, апелляционные, Верховный суд, специальные суды), но в той же Конституции нет, как уже отмечалось, четкого разделения сфер федерального права и права штатов, так как в ней речь идет только о законодательной деятельности. Предусматривая федеральную юрисдикцию в случае спора граждан различных штатов авторы Конституции стремились обеспечить равенство сторон, однако они не имели в виду способствовать созданию федерального права *вне приделов законодательной компетенции Конгресса США*. Введение понятия «*федеральное общее право*» противоречит духу Конституции (дело Томпкинса).

Дело в том, что разнообразие судебной практики штатов, ее подчас коллизийность нужно сводить к единству не федеральным общим правом, т.к. это противоречит духу Конституции, а путем наличия *фундаментального единства общего права в США*.

В отличие от Англии верховные суды штатов и, как отмечалось, Верховный суд США *не обязаны следовать собственным решениям* и могут изменять свою практику. В принципе изменения в судебной практике штатов все же происходит с целью единства общего права США.

*Прецедент и законодательство. Толкование Конституции.* Большое влияние прецедентное право оказывает на адаптацию конституций к изменяющимся социально-политическим условиям. Именно они создают то, что в американской юриспруденции получило название «*живой конституции*». Как любые писанные нормы, конституционные нормы

действуют в сложной взаимосвязи с неписаными, прецедентными нормами. В значительной степени, благодаря прецедентному праву, Конституция США продолжает оставаться такой стабильной в течение более 200 лет. Прецеденты позволяют значительно редко вносить в нее поправки (27). В общей сложности Верховный суд США около 100 раз отходил от своих предшествующих решений по конституционным вопросам в период с 1810-1956 гг. и около 50 раз с 1960-1979 гг. Именно по данным решениям и изучают в США конституционное право.

*Толкование других законов.* Что же касается писаных законов (за исключением Конституции США), все, что было сказано о толковании английских законов, можно сказать и об американских законах. Как и в Англии, законы не интегрируются полностью в право США, пока их значение *не уточнено судебными решениями*. Типична в этом плане позиция Верховного суда США: он отказывается решать, соответствует ли закон штата Конституции США, если суды этого штата не уточнили при толковании действительное значение данного закона.

*Обычай.* Значение конституционных соглашений (обычаев) в США не столь велико как в Англии, Канаде, Австралии, но пробелы Конституции подчас восполняются за счет признания сложившихся *обыкновений*, устоявшихся традиций. Незначительна роль обычаев в сфере частного права, где он выступает в виде так называемых торговых *обыкновений*, которые определяются как сложившаяся практика, или порядок деловых отношений, и в этом качестве оказывают воздействие на развитие общественных отношений и на решение возникших споров.

*Право справедливости.* Из-за отсутствия в США специальных судов, применяющих каноническое право, суды справедливости включили в сферу своей деятельности те вопросы, которые в Англии относились к церковной юрисдикции. Компетенция судов справедливости необходима в тех случаях, когда право не предоставляет никаких средств для решения вопроса. Например, поскольку мужа и жену рассматривали как одно лицо, право не давало им возможности предъявлять иск друг к другу, поэтому концепция права справедливости получила в США распространение, которое вызывает удивление английских юристов (А.Х. Саидов).

**4. Юридическая техника. Понятие права.** Для американского юриста, как и для английского, право – это право судебной практики. Нормы законодательства американский юрист не считает нормальным типом норм права, поскольку нормы законодательства по-настоящему входят в систему права после их неоднократного применения и истолкования судами, т.е. когда можно будет ссылаться не на сами нормы, а на судебное решение.

*Вопросы кодификации.* Кодификация наполеоновского типа, а не только систематическое изложение действующих законодательных норм когда-то предполагалось в США. Это дало определенные результаты. Существуют гражданские кодексы в ряде американских штатов: Калифорнии, Северной и Южной Дакоте, в Джорджии и Монтане. В 25

штатах имеются гражданско-процессуальные кодексы. Кроме того, в некоторых штатах есть уголовно-процессуальные кодексы, а во всех штатах – уголовные кодексы. Вместе с тем американские кодексы не идентичны европейским (это плод консолидации). Презюмируется, что законодатель хотел воспроизвести к кодексе прежние нормы, созданные судебной практикой. Закон не имеет смысла, пока он не истолкован судами.

Существует ряд сборников, официальных и частных, охватывающих федеральное законодательство или законодательство штатов. Как правило, выходящие сборники иногда именуется *кодексами, сводами законов*. Все эти своды и сборники не являются кодифицированными актами в континентальном смысле слова. Даже с технической стороны изложения вопросов в алфавитном порядке достаточно отличает их от европейских актов.

## Тема 8. Мусульманское право

**1. Шариат, мусульманское право и правовая система (соотношение понятий).** Понятие «мусульманское право» используется как в юридическом (узком), так и в широком смысле, когда рассматривается в качестве элемента религиозной или правовой системы. Не совпадают взгляды ученых и на соотношение мусульманского права с широко используемыми при его анализе другими понятиями, такими как «шариат» (араб. шариа – правильный путь, образ действия, законоположение), «фикх» (араб. – глубокое понимание, разумение, знание). Установление смысловых рамок указанных понятий в связи с отражаемыми ими реалиями имеет прямое отношение к осмыслению самого мусульманского права как юридического феномена и к решению проблемы его источников, характерных особенностей, а также к толкованию современного законодательства, закрепляющего *шариат и фикх* в качестве источника права.

По вопросу о соотношении понятий «шариат» и «фикх» («фех») в современном мусульманском правоведении нет общепринятой позиции. Известно, что в начальный период становления и развития *ислама* (араб. – покорность, предание себя Аллаху), когда различные стороны мусульманского религиозного сознания выступали в нерасчлененном виде, под фикхом иногда понималось овладение всем комплексом положений новой религии. В этом смысле предмет фикха по существу совпадал с шариатом в значении всего того, что Аллах «ниспослал людям в качестве угодного уму пути праведной жизни, ведущего в рай».

Указанное представление было характерно для начального периода формирования мусульманского права (середина VIII века), когда шариат и фикх еще не выступали в качестве специальных юридических категорий. Однако в процессе разработки мусульманской правовой концепции между ними стало проводиться различие. За шариатом закрепилось значение тех обращений к людям предписаний, которые явились результатом божественного откровения и содержались в Коране и Сунне Пророка, а

понятие фикха существенно изменилось. Фикх же означал вынесение самостоятельных решений в случае отсутствия в указанных источниках готовых ответов на конкретные вопросы, т.е. шариат и фикх в ранней мусульманской юриспруденции противопоставлялись друг другу: область фикха начиналась там, где заканчивалась сфера шариата.

Однако в мусульманской правовой концепции по мере ее развития сложилось иное понимание соотношения между шариатом и фикхом как юридическими понятиями. В результате фикх стал означать *собственно* мусульманскую юриспруденцию, предмет которой составляла лишь *одна из сторон* шариата – так называемые практические решения (нормы), в то время как вопросы догматики стали изучаться теоретическим богословием (калам), а проблемы внутреннего убеждения и самосовершенствования – этикой (тасаввуф).

В современной мусульманской юриспруденции также можно встретить точку зрения на шариат и фикх, как на совпадающие положения.

Представляется, что шариат (своего рода квинтэссенция ислама) состоит из двух частей: теологии, или принципов веры (акид), и мусульманского права в узком смысле (фикх). Фикх, или мусульманское право, делится на две части: *первая* указывает мусульманину (араб. – «тому, кто покоряется»), какой должна быть линия его поведения по отношению к себе подобным (муамалат); *вторая* предписывает обязательства по отношению к Аллаху (ибадат). Мусульманское право в широком смысле тождественно шариату, хотя некоторые авторы *фикх* считают мусульманским правом в широком смысле (Л.Р. Сюкияйнен).

С мусульманским правом не следует смешивать позитивные правовые системы мусульманских стран, т.е. необходимо различать понятия «мусульманское право» и «право мусульманского государства». Как и в христианских странах, гражданское общество никогда не смешивается в исламе с обществом религиозным.

**2. Становление и развитие мусульманского права (в широком смысле).** Мусульманское право, которое чаще всего обозначается термином *шариат*, является составной частью социально-религиозного мировоззрения – ислама, возникшего на рубеже VI-VII веков н.э. на Аравийском полуострове. Создание этого учения связывается с именем Мухаммеда (Мохаммада, Магомета, Магомед) (570 (571) – 632 гг.) – выходца из небогатой торговой семьи, который выступил против племенного многобожия и объявил себя (последним) пророком единого Бога – Аллаха.

Дальнейшая история возникновения государства и шариата связана с военными походами «правоверных» и особенно с завоеванием Мекки. Мухаммед заключил соглашение с бедуинскими (кочевыми) племенами, создал крупную по тем масштабам армию (10 тыс. человек) и после покорения Мекки был провозглашен посланником Бога и правителем Аравийского полуострова. Этот акт означал завершение длительного процесса становления государственности у арабов Центральной и Восточной

Аравии, который привел к возникновению *первого* мусульманского государства – *халифата* (*халиф* (араб. – преемник)). Мухаммед занимал здесь исключительное положение наместника Бога, основателя и единственного толкователя новой религии, законодателя, исполнителя и судьи. К 632 г. все арабские племена, почитавшие мекканскую Коабу, приняли ислам. Предания о поступках Мухаммеда, записанные через много лет после его смерти (*хадисы*), составили Сунну, являющуюся *вторым* по значению после Корана источником мусульманского права. Поучения и практика 23-летней деятельности Мухаммеда явились основой мусульманского права, нормы которого неразрывно связаны с моралью и религией.

Важное значение для развития этой своеобразной системы права имели акты тридцатилетнего правления первых четырех «праведных» халифов, поочередно занимавших пост руководителя «правоверных» и главы государства после смерти Мухаммеда (Абу Бакр (632-634 гг.); Омар (634-644 гг.); Осман (644-656 гг.); Али (656-661 гг.)). Эти решения формулировались на основе толкования заповедей Мухаммеда и теоретически рассматривались как *исходящие* от всей мусульманской общины. На практике они принимались главой государства после консультации с кругом приближенных советников (*иджма*), считавшихся знатоками религиозно-правовых вопросов.

Последующее время (до X века) шариат развивался на основе толкований Корана и Сунны мусульманскими богословами-правоведами (муджтахидами, муфтиями). По приданиям, некоторые из них знали наизусть не только Коран, но также и многие тысячи хадисов, они держали в своей памяти и все решения «праведных» халифов.

Широкое распространение ислама повлекло за собой и все большее проявление в нем местных особенностей и различий при толковании отдельных правовых институтов и решений конкретных правовых споров. Так, со временем с утверждением *двух главных направлений* в исламе соответствующим образом произошел раскол в шариате, где наряду с ортодоксальным направлением (*суннизм*) возникло и другое направление – *шиизм*, которое вплоть до настоящего времени имеет доминирующие позиции в Иране, а также частично Ираке, Ливане, Йемене. Противоборство между этими направлениями нашло свое закрепление и в правовых нормах, касающихся самых разных сторон жизни государства и общества. Так, в шиизме предусматривается правовой порядок передачи государственной власти по наследству, сосредоточение светского и религиозного авторитета в руках духовных лиц – *имамов*, считавшихся непогрешимыми. Более того, шииты признавали и признают только те придания о пророке Мухаммеде, в том числе являвшиеся для них правовыми указаниями, которые исходили к последнему праведному халифу – Али.

Таким образом внутри мусульманского сообщества образовались различные *толки* (пути), каждый из которых представляет определенную школу, по своему толкующую мусульманское право (*мазхабы*).

Эти толки сложились во втором веке хиджры. Одни их считают ортодоксальными, другие – еретическими, точно так же, как и в христианской религии, некоторые правила, которые Рим считает католическими, иные считают еретическими.

В суннизме сформировались *четыре мазхаба*, названные по имени своих основателей: *ханифитский* (Абу Ханифа (699-767 гг.)) – был признан официальной школой Османской империи, Золотой орды, Империи великих моголов; его последователями являются практически все тюркоязычные мусульманские страны и народы, а также Афганистан и Пакистан, мусульмане России и СНГ; *маликитский* (Малик ибн Анас (711-795 гг.)) – распространен преимущественно в Северной Африке; *шафиитский* (Аш-Шафии (767-820 гг.)) – распространен преимущественно на Ближнем Востоке, в Ливане, Иордании, Палестине, а также в Йемене и Индонезии; *ханбалитский* (Ахмед ибн Ханбал (780-855 гг.)) – является официальной идеологией Саудовской Аравии и получил признание в некоторых районах Сирии и Ирака. Четыре богословско-правовые школы суннитского ислама создавались с начала VIII века до середины IX века. Свои собственные мазхабы создали некоторые иные видные правоведы, однако они не получили широкого распространения и поэтому присоединились к указанным четырем мазхабам.

Разногласия, разделяющие названные толки, связаны с многочисленными мелкими деталями. Что же касается принципов, то они характеризуются, как правило, сходством, поэтому для верующего вполне возможно в результате соответствующего акта перейти под действие другого толка. Можно также изменить толк, точнее, суверен может предписать судьям судить согласно определенному толку, которому не следует большинство населения.

Формирование основных суннитских мазхабов завершилось к X–XI векам, и в это время возникла концепция о «закрытии врат иджтихада», т.е. право принятия свободного решения авторитетным правоведом (муджтахидом) и творческая разработка юридических и религиозных норм в случае умолчания Корана и Сунны. После «закрытия врат иджтихада» появление новых мазхабов стало невозможным, и начался «век таклида» (подражания, следования авторитетам). Отныне правоведы должны были выбирать уже существующие школы.

Таким образом, в точном смысле слова под мусульманским правом имеются в виду те положения и принципы, которые были сформулированы в VII–X веках. С тех времен «основные принципы и точно установленные нормы мусульманского права не изменяются и не эволюционируют» (Ф. Хасан).

*Шиитская* правовая традиция в исламе имеет собственные школы богословия и права: *джафаритскую*, *исламитскую* и *зайдитскую*. Наибольшим влиянием пользуется джафаритская богословско-правовая школа, основанная Джафар ас-Сидиком (702-765 гг.). Отличительной чертой всей шиитской правовой системы является неприятие аналогии (кийас, кияс),

как источника права, прочно утвердившееся с VIII века и основанное на том, что выводы, полученные в результате умозаключения по аналогии, являются лишь вероятностными, а не строго достоверными. Шииты выделяют следующие четыре основных источника права: Коран, Предание (Сунна), иджма (единогласное мнение) и *акл* (разум или обращение к разуму). Последний является только шиитским источником. В Иране, где большинство мусульман составляют шииты, право восприняло в качестве источника выводы *джафаритской* школы мусульманского права. Следует признать, что шиитские школы никогда не признавали «закрывание врат иджтихада», поэтому их право всегда было гораздо более гибким, чем право, исповедуемое суннитскими школами.

**3. Источники мусульманского права.** В составе мусульманского права имеется две группы норм, *первую* из которых составляют юридические предписания Корана и Сунны, а *вторую* – нормы, сформулированные мусульманско-правовой *доктриной* на основе других, так называемых «рациональных» источников.

В классической *суннитской* традиции мусульманского права сформировалось учение о *четырёх* основных источниках, к которым относятся: Коран (Священное писание ислама), Сунна (свод преданий о жизни и деятельности Мухаммеда), иджма (единодушное мнение авторитетных лиц – муджтахидов) и кияс (кийас), т.е. аналогия. Таким образом, мы видим, что двумя главными источниками являются источники религии ислама: Коран и Сунна. Также выделяют некоторые второстепенные источники. Характерной же чертой *шиитской* правовой традиции является неприятие *кияса* как источника права.

*Коран* (араб. – чтение) является священной книгой мусульман и важнейшим источником мусульманского права. В соответствии с учением ислама, Коран – это слово Аллаха, открытое пророку Мухаммеду через ангела Джабраила (Гавриила). Коран состоит из 114 *сур* (глав), каждая из которых делится на *аяты* (стихи). Первый список полного текста Корана появился лишь после смерти Мухаммеда при первом праведном халифе Абу Бакре (Бекре). Новый, уточненный список текста был составлен при третьем праведном халифе Османе, и именно этот текст стал канонически признанным. Все нормы и заповеди Корана традиционно делятся на *три* категории: богословские, этические и «практические». К последним относятся как предписания, регулирующие культ, так и собственно юридические нормы. Большинство из 6219 стихов (аят) носят мифологический характер, и лишь от 200 до 500 стихов содержат предписания, относящиеся к правилам поведения мусульман. При этом многие считают, что не более чем 80 из них можно рассматривать как собственно правовые (в основном это правила, относящиеся к браку и семье), остальные касаются религиозного ритуала и обязанностей.

Большая часть положений Корана носит *казуальный* характер и представляет собой конкретные толкования, данные пророком в связи с

частными случаями. Многие установления имеют весьма неопределенный вид и могут приобретать разный смысл в зависимости от того, какое содержание в них вкладывается

Сунна в переводе с арабского означает *обычай, пример* или *практику* и содержит описание поступков Мухаммеда (афал), высказывания Мухаммеда (аквал) и его невысказанные одобрения (такарир). Сунна состоит из отдельных повествования – *хадисов* и содержит основные нормы мусульманского права. Окончательное редактирование хадисов было осуществлено в IX веке, когда были составлены 6 ортодоксальных сборников Сунны, наибольшую известность из которых получил сборник Бухари. Из Сунны также выводятся нормы брачного и наследственного, доказательственного и судебного права, правила о рабах и т.д.

После смерти Мухаммеда его действия и изречения собирались, передавались и стали источником права. Так возникла Сунна. Хранителями и передатчиками хадисов были, прежде всего, родственники, друзья, сподвижники и ученики пророка. После смерти сподвижников их хадисы начали собирать непосредственные ученики, далее следовали ученики учеников. Постепенно количество хадисов достигло такого размера, что в их достоверности возникли сомнения. В суннитском исламе в конце IX века число хадисов превышало 600 тыс., а в шиитском – 1,5 млн. Кроме того, к фальсификации хадисов прибегали недобросовестные представители власти для усиления своего влияния, а также представители различных направлений в исламе. Считалось, что имеют силу лишь те хадисы, которые были пересказаны сподвижниками Мухаммеда, причем, в отличие от суннитов, шииты признавали и признают *действительными* лишь те хадисы, которые восходили к халифу Али и его сторонникам. Преобладающая часть нормативных предписаний Сунны также имеет *казуальное* происхождение.

Каждый хадис всегда состоит из *двух* частей: из самого текста (матн), т.е. собственно рассказа о том или ином поступке, изречении или молчаливом одобрении Мухаммеда, и из «опоры» (иснад), т.е. перечисление непрерывной цепи пересказчиков или передатчиков хадиса, выходящей непосредственно к самому пророку.

Таким образом, в Коране и Сунне содержится очень немного конкретных норм мусульманского права, а по большинству вопросов требующих нормативной регламентации эти источники хранят молчания. Поэтому начиная с VIII века главную роль в ликвидации пробелов взяли на себя основатели правовых школ-толков и их последователи.

Иджма (араб. – соединение, согласие). Иджмой является единодушное мнение, консенсус крупнейших авторитетных лиц, ученых-богословов и правоведов (муджтахидов) по тем религиозным и правовым вопросам, которые не были решены в Коране и Сунне. За аксиому было признано положение, согласно которому община (умма) единогласно не может принять ложное мнение.

В отличие от Корана и Сунны иджма – изменяемый источник права, поскольку сформулированная на его основе норма могла быть пересмотрена.

Иджма развивалась как в виде интерпретаций текста Корана или Сунны, так и путем формирования *новых норм*, которые уже не связывались с Мухаммедом. Они предусматривали самостоятельные правила поведения и становились обязательными в силу единодушной поддержки муфтиев или муджтахидов. Такой способ развития норм мусульманского права получил название *«иджстихад»* («настойчивость», «усердие»).

Этот источник мусульманского права – иджма – имеет исключительно большое практическое значение. Только будучи записанными в иджму, нормы права, независимо от их происхождения, подлежат применению.

Иджма признается в качестве источника права всеми мазхабами. Однако между ними существуют разногласия, во-первых, относительно круга вопросов, которые можно решать на основании этого источника, а, во-вторых, относительно круга лиц, чье мнение может считаться авторитетным.

*Кияс*. Одним из наиболее спорных источников мусульманского права является *кияс* – решение правовых дел по *аналогии*. Согласно киясу правило, установленное в Коране, Сунне или иджме, может быть применено к делу, которое прямо не предусмотрено в этих источниках права. Кияс не только позволял быстро урегулировать новые общественные отношения, но и способствовал освобождению шариата в целом ряде моментов от теологического налета. Наиболее широко данный метод был обоснован *ханифитами*. Наиболее резко против кияса выступили *ханбалиты* и особенно *шииты*, которые вообще не признавали его в качестве источника права. Здесь же отметим, что для ханифитов характерна относительная свобода личного усмотрения правоприменителя (данный принцип называется *рай* или *рая* – самостоятельное суждение, основанное на здравом смысле).

**4. Структура мусульманского права.** Как отмечалось, шариат состоит из *двух* частей: 1) теологии, или принципов веры (*акида*); 2) и права (*фикха*). Изучение *государства* не является частью юридической науки, т.к. государство – это лишь *служитель религии*. Теоретически *только* Аллах имеет законодательную власть, хотя в действительности источником мусульманского права являются труды ученых-юристов. В этих трудах отсутствует классическое деление на *публичное* и *частное* право. Глава следует за главой без всякого логического разграничения вопросов. В Коране и Сунне нормы частного и публичного права также расположены без всякого соподчинения.

*Отрасли права и их классификация.* По мнению ряда исследователей, система мусульманского права в целом включает комплексы принципов и норм, регулирующих *три* основные сферы жизни мусульман: отношения правоверных с Аллахом, взаимоотношения людей, а также связи между государствами или религиозными конфессиями. Многие авторы все нормы мусульманского права делят на правила отправления религиозных обязанностей и нормы, регулирующие взаимоотношения людей. Вторая группа норм в свою очередь подразделяется на *три основные отрасли*: 1) так называемое «право личного статута»; 2) деликтное (уголовное) право; 3)

комплекс норм, условно именуемый «мусульманским гражданским правом» («му'амалат»). Мусульманско-правовая доктрина наряду с этими тремя отраслями выделяет также судебное право и отрасль, которую условно называют «мусульманским международным правом». Даная классификация в настоящее время является наиболее распространенной среди мусульманских правоведов. Вместе с тем, например, А.Х. Саидов выделяет три основных отрасли: уголовное, семейное и судебное право.

Основными институтами «права личными статутами» являются брак, развод, родство, обязанности по воспитанию детей, завещание, наследование «по закону», опека, ограничение правоспособности и т.п.

Мусульманское право в целом – это в значительной мере частное право, исторически возникшее из отношений собственности, обмена, личных неимущественных связей. Главное место в нем занимают правила поведения, ориентирующиеся на религиозные принципы и религиозно-нравственные критерии. К частно-правовым отраслям относится и «гражданское право» («му'амалат»), регулирующие вопросы собственности, различные виды сделок и их обеспечение, порядок исполнения обязательств и т.п.

Деликтное (уголовное) право отличается известной схематичностью и меньшей детализацией по сравнению с указанными выше отраслями. Особенностью данной отрасли является то, что оно включает санкции за все правонарушения независимо от их характера. Поэтому здесь объединяются нормы как публичного, так и частного права, а граница между ними весьма условна.

**5. Юридическая техника в мусульманском праве.** Мусульманское право не является самостоятельной отраслью науки, она лишь одна из сторон религии ислама. Это право указывает мусульманину, как он должен в соответствии с религией вести себя, не различая, однако, в принципе его обязательств по отношению к себе подобным (гражданские обязательства) и по отношению к Аллаху (молитва, пост и т.д.). Таким образом, шариат основан на идее обязательств, возложенных на человека, *а не на правах, которые он может иметь.*

Мусульманская юриспруденция определяет норму мусульманского права как правило поведения, установленной Аллахом-законодателем по какому-либо вопросу для верующих прямо, путем откровения, или косвенно – в форме вывода, сделанного крупнейшими знатоками шариата на основе толкования воли Аллаха. Считается, что любая норма должна формально основываться на одном из «источников», признаваемых различными школами мусульманского права.

Рассматривая отдельные отрасли и мусульманское право в целом, следует иметь в виду, что ему в полной мере присуща характерная черта феодальных правовых систем – партикуляризм, неопределенность и противоречивость содержания при сложности структуры.

## Тема 9. Индусское право

*Общая характеристика индуистского права.* Индуистское право – это правовая система общины, исповедующей индуизм. Главная особенность индуистского права – тесная связь с религией, что предопределяет *личный* (а не территориальный) характер этого права. Для индуизма характерны различные религиозные верования (можно верить в того или иного бога, несколько богов или быть атеистом, т.е. здесь нет четко очерченной теологической доктрины) и обряды, философские и иные ценности, предполагающие определенный образ жизни, определенный общественный порядок, социальную организацию и структуру. Краеугольным камнем индуизма является прежде всего учение о переселении души и о карме.

Индуизм не может быть понят без обращения к его основным религиозным доктринам. Прежде всего это доктрины *а́тмана* (душа, «я»); *ка́рмы* и *санса́ры* (дело, поступки); *мо́кши*, или *нирваны* (освобождение).

Классическая индуистская система права является одной из древнейших в мире, в основе которой лежат священные тексты индуизма. Прежде всего это тексты откровения (*шрути* – «услышанное») и тексты предания (*смирита* – «запомненное», «дарованное»). К текстам откровения относятся *веды* – сборники индийских религиозных песен, молитв, гимнов, созданных во II – I тысячелетиях до н.э., которые содержат древнейшие тексты, напоминающие и истолковывающие как правила поведения.

Что же касается «смирита», то их возраст установить чрезвычайно трудно, так как строгий хронологический порядок исторических событий не соответствует индуистскому верованию, «согласно которому мировой процесс не имеет ни начала, ни конца» (А.Х. Саидов). Поэтому приходится полагаться на предположения, что *смирита* созданы в интервале между 800 и 300 гг. до н.э. (например, Махабхарата и Рамаема).

Для нас центральной категорией является *дхарма* как комплекс действий, поведения, наставлений и регуляционных принципов, которые должны применяться в различных ситуациях. Данный термин появился еще в священных книгах вед, а впоследствии литература *упанишад* (900-500 гг. до н.э.) приняла *дхарму* в качестве верховной сущности мира и одновременно отнесла ее к практическим нуждам повседневной жизни во всех ее аспектах. «Именно внутри всеохватывающей функции *дхармы* действовал принцип *кармы* (означавший действия или поступки)» (Сурия Пракаш Синха). *Карма* является принципом, устанавливающим причинную связь между поступком человека и наградой или страданием в земной или будущей жизни как последствием этого поступка. Конечной целью души является «*мокша*», или высвобождение из цикла жизни, смерти и нового рождения. Таким образом, *карма*, поддержанная *дхармой*, ведет к *мокше*. Хорошая *карма* состоит в выполнении человеком своего долга.

Со временем появились *дхармасутры* – первые книги по вопросам права, детально разъясняющие, как члены различных каст должны вести себя по отношению к богам, царю, жрецам, родственникам, соседям и животным (*дхармасутры* представляли собой сочинения в стихотворной форме).

Дальнейшее развитие классического индусского права связано с *дхармашастрами* – обширными сводами правил, которые представляли собой своеобразную ступень в развитии формы права, когда неписанные правовые обычаи сменяются не государственными установлениями (законами), а сборниками религиозно-правовых предписаний, санкционированных государственной властью. Наиболее известные из них – это законы Ману, законы Яйнавалка и законы Нарада, которые, как полагают, были составлены в период между I веком до н.э. и III-IV веками н.э. Дхармашастры обычно называют кодексами или законами, хотя слово «дхарма» далеко не соответствует слову «закон».

Итак, *дхарма* – это сложное, не имеющее никаких аналогий в европейский языках понятие. В самом широком смысле оно означает всеобщий порядок в мире, пронизывающий и организующий всю живую и неживую материю. В узком значении *дхарма* – это долг, обязанности, правила поведения, т.е. образ жизни благочестивого и добродетельного индуса, причем образ жизни во всех деталях.

От дхармашастр неотделимы и другие сборники – *нибандхазы*, которые являются как бы комментариями дхармашастр. Цель нибандхаз – разъяснить часто неясный смысл дхармашастр, сделать их понятными простым людям, разрешить явные противоречия между различными дхармашастрами. Даты составления нибандхаз находятся между XII–XVII веками.

В заключении можно сказать, что *источниками* классического индусского права являются священные писания индусов (тексты-откровения (шрути) и тексты-придания (смрити), включая комментарии к последним (нибандхазы) и обычаи. К нормам индусского права, действующим в современных условиях, принадлежат: права личного статуса, видоизмененные законами (брак и развод, несовершеннолетие и опекунов, родство, усыновление, семейная собственность, раздел имущества, наследование); дамбупат; кастовое право и отлучение; религиозное и благотворительное пожертвования.