

Содержание

Раздел 1. Сравнительное правоведение: общие подходы, межпредметные связи, история развития.

К. Цвайгерт, Х. Кётц Понятие сравнительного права

К. Цвайгерт, Х. Кётц История сравнительного права

К. Цвайгерт, Х. Кётц Функции и цели сравнительного права

Ранненкампф Н. К. О современной обработке сравнительного правоведения (по поводу нового журнала «Revue»)

Ковалевский М. М. Историко-сравнительный метод в юриспруденции и приемы изучения истории права

Максимейко Н. А. Сравнительное изучение истории права

Вопросы и задания к разделу 1.

Раздел 2. Множественность правовых систем, их классификации и характеристики

К. Цвайгерт, Х. Кётц Стиль правовых семей

Вопросы и задания к приведенному отрывку

Давид Рене, Жоффре-Спинози Камилла Разнообразие современных правовых систем

Вопросы и задания к приведенному отрывку

Р. Иеринг Значение римского права для нового мира

Вопросы и задания к приведенному отрывку

Р. Кросс Английская доктрина прецедента

Р. Кросс Прецедент как источник права

Вопросы и задания к приведенным отрывкам

Н. В. Володина Иудейская государственно-правовая система

Вопросы и задания к приведенному отрывку

Н. В. Володина Государственно-конфессиональные отношения стран Дальнего Востока и Азии в буддийско-конфуцианском мире

Вопросы и задания к приведенному отрывку

Н. В. Володина Государственно-правовая система в странах распространения индуизма

Вопросы и задания к приведенному отрывку

В. И. Лафитский Божественные основы индуистского права. Синтоистское право XXI в.

Вопросы и задания к приведенному отрывку

Раздел 1. Сравнительное правоведение: общие подходы, межпредметные связи, история развития.

К. ЦВАЙГЕРТ, Х. КЁТЦ. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права:
В 2 т. Т. I. Основы / Пер. с нем. Ю.М. Юмашева. М.: Международные отношения, 1998
(Извлечения)

А. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ § 1. Понятие сравнительного права

Как известно, сравнительное право «зародилось» в Париже в 1900 году в период проведения там Всемирной выставки. Этот блестящий смотр человеческих достижений, естественно, сопровождался многочисленными конгрессами, что дало возможность ученым Эдуарду Ламберу и Раймону Салею провести Международный конгресс сравнительного права. Конгресс стал серьезным стимулом для развития науки сравнительного права или, по крайней мере, метода сравнительного права, а развернувшаяся на нем дискуссия дала толчок для продуктивных исследований в этой новой сфере правоведения.

Все публикации конгресса были проникнуты обезоруживающей верой в победную поступь человеческого прогресса, а Ламбер и Салей задумали разработать ни больше ни меньше как «вселенское право», единое для всего человечества. По мнению Ламбера, сравнительное право должно было помочь постепенно устранить непринципиальные различия в законодательствах народов, стоящих на одинаковых ступенях культурного и экономического развития, и свести к минимуму те из них, в основе которых лежат не политические или социальные и моральные условия жизненного уклада разных стран, а обусловленные данной, конкретной эпохой преходящие обстоятельства.

Ламбер полагал, что, поскольку сравнительное частное право является квинтэссенцией всего сравнительного права, оно должно занимать видное место в университетских учебных программах.

Изучение сравнительного права позволяет по-новому, нетрадиционно подходить к изучению действующих норм национального права, которое страдает от ограниченности, навязываемой необходимостью их толкования в угоду национальной доктрине.

Действительно, простое толкование закона, как это традиционно практикуется юристами, вряд ли может быть отнесено к сфере гуманитарных или социальных наук. По-видимому, правовое исследование приобретает по-настоящему научный характер только тогда, когда поднимается выше исследования норм любой национальной системы, как это имеет место в философии права, истории права, социологии права и в сравнительном праве.

В настоящее время сравнительное право позволяет опереться именно на общие принципы. Оно может помочь экономисту, раскрывая перед ним социальные предпосылки какой-либо конкретной нормы права, а путем сравнения различных эпох – и историку права. Современным студентам часто навязывают обсуждение текстов, сухие упражнения в формальной логике и в доказательствах, что мешает им увидеть живые проблемы, которые скрываются за этими техническими формулами.

Компаративисты в своих исследованиях проводят сравнение правовых систем разных стран. Это сравнение может носить как самый широкий, так и более узкий характер. Так, сравнения отдельных

свойств различных правовых систем, понятий и процедур, которые в них применяются, иногда проистекают из более общих сравнений, из сравнений на макроуровне. В этом случае акцент делается не на конкретных проблемах и их решении, а на исследовании методов обращения с правовым материалом, процедурах решения споров или на роли отдельных элементов права. Например, можно сравнивать различную законодательную технику, стиль кодификации и методы толкования законодательных актов, а также обсуждать правовую роль прецедентов, значение науки для развития права, методiku подготовки судебных решений. Внимание может быть сконцентрировано и на вопросах судопроизводства в различных странах, а именно: каким образом распределяется между адвокатами и судьями бремя доказательства фактов, поиска законодательной нормы, применяемой к данному случаю; какая роль отводится в гражданских или уголовных делах непрофессиональным судьям; существует ли особая процедура при рассмотрении мелких исков. Однако нельзя ограничивать исследование вопросами судопроизводства. Изучение различных задач и функций лиц, вовлеченных в сферу действия права, выявление того, что, как и почему они делают, – весьма перспективное поле деятельности для юристов-компаративистов. Прежде всего перед ними стоит цель рассмотреть деятельность судей и юристов, всех тех, кто непосредственно применяет закон или советует, как его применять в любой системе. Полезно сравнивать также деятельность юристов в правительствах и парламентах, тех, кто занимается разработкой будущего законодательства; нотариусов, судебных экспертов, представителей страховых компаний, специализирующихся на исках; наконец, правоведов, преподающих юридические дисциплины в высшей школе.

Сравнительное право на микроуровне, наоборот, имеет дело со специальными правовыми институтами или проблемами, то есть с правилами, используемыми для решения повседневных конкретных проблем и конфликтов интересов: когда наступает ответственность производителя перед потребителем за ущерб, причиненный последнему некачественным товаром; какие правила определяют установление нанесенного ущерба в случае дорожных происшествий; какие факторы имеют решающее значение при определении родительских прав разведенных супругов; какими правами обладает незаконнорожденный ребенок, если отец или мать не упоминают его в завещании, – вот далеко не полный перечень проблем, который можно продолжать бесконечно.

Граница между сравнительным правом на макро- и микроуровнях не является жесткой. Действительно, можно проводить сравнение одновременно на макро- и микроуровнях, ибо, лишь выяснив, как правовой механизм создавался и развивался законодательной властью и судами, определив условия его применения на практике, можно понять, почему в иностранных правовых системах данные проблемы решаются так, а не иначе.

Например, возьмем иск пациента врачу за ущерб, нанесенный неквалифицированным лечением (США). Никакое исследование не может быть полным или точным без констатации того, что отсутствие должной квалификации врача доказано в суде. Причем особенно важно установить, были ли эксперты назначены судом или отобраны тяжущимися сторонами, чтобы выиграть дело в судебном разбирательстве, как это имеет место в странах общего права. Во многих аспектах поэтому сравнение на микроуровне имеет смысл проводить лишь в том случае, когда принимается во внимание общий

институциональный аспект, в котором сравниваемые нормы иностранных правовых систем разработаны и находят практическое применение.

Чтобы понять, что же в действительности представляет собой сравнительное право, необходимо также отграничить его от сопредельных сфер правовой науки. Смежными сферами правовой науки, которые также имеют дело с иностранным правом и от которых сравнительное право должно быть отграничено, являются международное частное право, международное публичное право, история права, этнология права и, наконец, социология права.

1) Сравнительное право и международное частное право (МЧП)

На первый взгляд эти дисциплины кардинально отличаются друг от друга. Однако они находятся во взаимодействии. МЧП, или коллизионное право, – часть действующего национального права, в то время как сравнительное право само по себе – «чистая наука». МЧП указывает, какая из различных правовых систем должна применяться в данном конкретном случае с иностранным элементом. Оно содержит коллизионные нормы, которые определяют, как и какой национальный закон в данном конкретном случае следует применять. Поэтому можно сказать, что МЧП в большей степени селективно, чем сравнительное право. Сравнительное право в свою очередь имеет дело с правопорядками разных стран одновременно, не преследуя при этом какой-либо определенной сугубо практической конкретной цели. Однако оно имеет огромную ценность для МЧП. При нынешнем высоком уровне развития международных отношений применение методов МЧП возможно в наши дни лишь с учетом выводов сравнительного права.

2) Сравнительное право и международное публичное право

Как и в случае с МЧП, на первый взгляд кажется, что существует мало общего между сравнительным правом и международным публичным правом, так как международное публичное право по своей сути является наднациональной и глобальной системой права.

Сравнительное право играет существенную роль для понимания «общих принципов права, признанных цивилизованными нациями» (ст. 38(1) (с) Устава Международного Суда), являющихся одним из источников международного права. Если одна из целей сравнительного права – поиск и отыскание оптимальных решений правовых проблем, то, вероятно, суть термина «общие принципы права» можно было бы понимать также как достижение оптимального решения конкретной проблемы, основанного на правильной оценке сравниваемого материала. Такой подход позволил бы избежать узкого толкования содержания столь важного понятия, как «общие принципы права», лишь небольшим числом общепризнанных норм и открыл бы возможность для постепенного принятия оптимальных решений, которые служили бы примером таких общих принципов.

3) Сравнительное право, история права и этнология права

Историю права можно квалифицировать как «вертикальное сравнительное право», а сравнение современных правовых систем – как «горизонтальное сравнительное право». Современная правовая этнология понимает сферу своих исследований не просто как изучение изменений у народов на более ранних стадиях развития, а лишь тех изменений, которые происходят в результате вторжения более высокой культуры или приспособления к ней. Таким образом, правовая этнология сегодня стала в

значительной степени отраслью современного сравнительного права. Тем более что современное сравнительное право видит одну из своих первоочередных задач именно в том, чтобы оказывать помощь в правовом образовании развивающихся народов посредством обобщения результатов своих сравнительно-правовых исследований.

4) Сравнительное право и социология права

Социология права занимается выявлением причинно-следственных связей между правом и обществом. Она стремится вскрыть закономерность, на основании которой можно сделать вывод о возможности и предпосылках правового воздействия на человеческое поведение и о том, как право в свою очередь реагирует на социальные, политические, психологические или демографические изменения в обществе.

Компаративисты едины во мнении, что поведение человека формируют не только правовые нормы (законодательство и судебные прецеденты) и даже не только общие условия хозяйствования, привычки и обычаи, а непосредственно вся совокупность факторов, действующих в соответствующей ситуации. Для социолога права такой подход к исследованию является само собой разумеющимся, так как он изначально исходит из предпосылки, что поведение человека регулируется правом лишь частично. Юристам (а компаративисты, как правило, юристы) подобный подход дается сложнее. Они вынуждены с трудом заставлять себя отказаться от предубеждений, связанных с неприятием неправовых норм регулирования отношений в обществе.

А. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ § 4. История сравнительного права.

Самые ранние сравнительно-правовые исследования обнаружены в Древней Греции. Они связаны с особым интересом древнегреческих мыслителей к формам политико-правового устройства античного государства. Римское право не дает примеров сравнительно-правовых исследований. Для римских юристов превосходство их права и государственного устройства – как позже для английских юристов – было столь очевидным, что право других народов они оценивали очень низко. Цицерон называл их право в противоположность римскому «путаным и почти смехотворным».

Сравнительное правоведение в его нынешнем виде сформировалось под воздействием двух совершенно различных течений: привлечения иностранного права при создании новых национальных законов (законодательного сравнительного правоведения); сравнительного анализа различных правопорядков с целью лучше изучить сам феномен права (научно-теоретического правоведения).

В историческом плане законодательное сравнительное правоведение старше, хотя старым его нельзя назвать. Его развитие шло непрерывно, а методы не вызывали больших трудностей в применении. В Германии оно стало известно в первой половине XIX века. В Германии начало законодательного сравнительного правоведения связано с постоянно усиливавшейся в XIX веке потребностью в кодификации и внутригерманской унификации права. Свои первые шаги оно сделало в торговом праве, где естественная потребность в унификации была особенно насущной. При создании Allgemeines Deutsches Wechselrecht 1848 года и Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch 1861 года опирались при разработке этих актов не только на сравнительное исследование общего права немецких провинций, к которому относился и действовавший в Рейнланде

французский торговый кодекс, но в еще большей степени на нидерландское торговое законодательство. «Проект торгового законодательства для прусских государств с объяснениями» (Берлин, 1857), который в значительной мере послужил основой для Общегерманского торгового законодательства 1861 года, равно как и «Протоколы совещательной комиссии по разработке общегерманского торгового кодекса» (1857), является тому свидетельством.

Применение законодательного сравнительного правоведения не ограничивается, разумеется, лишь этой узкой сферой. Подготовительные сравнительно-правовые исследования охватывают все важнейшие законодательные проекты.

Развитие сравнительного права как инструмента законотворчества и как научной дисциплины шло не параллельными путями. Для применения сравнительного права в законотворческой практике характерна непрерывность. В науке же, наоборот, скрытое и явное противодействие его применению сменялось периодами преувеличенного оптимизма.

Современное сравнительное правоведение как целенаправленное и систематическое противопоставление разных правопорядков зарождается в начале XIX века. Причем, как это ни странно, одновременно в ряде стран и в схожей интеллектуальной атмосфере. Причинами этого процесса стали, скорее, практические цели, нежели теоретические или философские построения. Они направлены на проведение реформ и улучшение качества национального права и основаны отчасти на естественном интересе к знанию иностранного права и убеждении, что «другие», может быть, тоже могли бы что-то предложить.

Первое крупное системное сравнительно-правовое исследование в современном смысле, включающее сравнительную оценку правопорядков различных стран, предпринял Миттермайер. Значения этого исследования не умаляет тот факт, что его целью была подготовка реформы уголовного процесса в общем праве, то есть оно было чисто утилитарным. Миттермайер скрупулезно сравнивал определенные отрасли права и правовые институты. Он не ограничился одними законами, но рассматривал судебную практику и фактическую политическую и социальную среду функционирования права.

Во Франции расцвет позитивизма не особенно задержал развитие сравнительного правоведения. После того как в 1831 году в Коллеж де Франс была создана кафедра сравнительного правоведения, в 1846 году на юридическом факультете Парижского университета учреждается кафедра сравнительного уголовного права, по которому читались лекции уже с 1838 года.

В Англии Тайный совет, являясь высшей судебной инстанцией империи, по необходимости вынужден был применять право разных стран. И в этой связи требовался более свободный доступ к источникам, благодаря которым можно было бы познакомиться с системами иностранного права. Удовлетворению этой потребности служила работа Бурга «Комментарии к колониальным и иностранным законам самим по себе и о том, что касается их конфликтов между собой и с правом Англии» (1838). На Европейском континенте и в США эта работа рассматривалась как основополагающая в области сравнительного правоведения.

В США период 1800–1850 годов был ознаменован расцветом сравнительного правоведения. Уже тогда американское право не было «дочерним» по отношению к английскому общему праву.

Традиционализм английского права практически не отвечал экономическим и общественно-политическим условиям новой страны, перед которой стояли важные задачи общественного развития. Кроме того, оставалась враждебность к Англии и всему английскому после освободительной войны и новой войны 1812 года. И потому вполне понятно желание наиболее известных и влиятельнейших американских юристов того времени – Джозефа Стори и в еще большей степени Джеймса Кента – вернуться к римскому праву и праву континентальной Европы, чтобы разрабатывать новые и отвечающие американским условиям нормы.

В других странах наблюдался аналогичный процесс, правда, не столь ярко выраженный. И следует согласиться с Хугом в том, что интерес к сравнительному правоведению как к методу эмпирических исследований и к практическому применению их результатов в середине прошлого века почти полностью пропадает.

Тем не менее понятие «сравнительное правоведение» сохранилось. Конечно, его содержание постепенно менялось, и, в частности, как отмечалось выше, из современного понятия сравнительного правоведения выделились такие понятия, как «юридическая этнология» или «всеобщая история права».

Историческое направление сравнительно-правовой науки сыграло большую роль в возрождении сравнительного правоведения к концу XIX века в его современном виде. Это выразилось прежде всего в создании его институциональной базы в виде различных научных обществ, журналов, кафедр. Во Франции этот процесс начался раньше и получил более заметное развитие, чем в других странах. Именно здесь сравнительное правоведение в 1869 году было полностью признано отраслью правовой науки. Тогда же было создано «Общество сравнительного законодательства», которое с завидной непрерывностью существует и по сей день, равно как и издаваемый им журнал (в наши дни – «Международный журнал сравнительного права»). Затем последовало создание в 1876 году в министерстве юстиции Франции управления иностранного законодательства и международного права. Окончательной фазой признания новой научной дисциплины следует считать включение ее в учебную программу Парижского университета. После первого периода расцвета сравнительного правоведения (1846) в 1892 году была создана кафедра сравнительного морского и торгового права, в 1895 году – кафедра сравнительного конституционного права и, наконец, в 1902 году – кафедра сравнительного гражданского права, которую наряду с другими возглавляли Салей и Леви Ульман.

Существенную роль в возрождении интереса к сравнительному правоведению на основе действующего зарубежного права сыграла, по-видимому, усиливающаяся интернационализация экономики и торговли, что требовало лучшего знания иностранного права или даже единого правового регулирования. Второму рождению сравнительного правоведения сопутствует активизация усилий по налаживанию международного сотрудничества и процесса унификации права: международные соглашения по защите авторских прав и промышленной собственности, Международный союз связи, первые Гаагские конвенции по гражданскому праву и т.д.

Высшей точки своего развития сравнительное правоведение той эпохи достигло в 1900 году, когда в Париже состоялся Международный конгресс по сравнительному праву. Основные идеи многочисленных докладов, представленных на конгрессе, можно резюмировать следующим образом: создать

всеобщее правовое регулирование (Салей) или набор единообразных решений (Циттельман) и тем самым сблизить различные правопорядки. Будучи оптимистично-прогрессивным в своем стремлении к мировому единству, конгресс в то же время ставил сравнительному правоведению рамки как юридические, так и географические. Считая, что предпосылкой для сравнения является схожесть сравниваемых предметов, конгресс тем самым сузил сферу применения сравнительного правоведения лишь правом, основанным на законодательных актах (статутное право), и правопорядками стран континентальной Европы.

После Первой мировой войны положение изменилось. В Германии правовая наука благодаря ст. X Версальского договора была выведена из состояния «крайнего изоляционизма». В этой статье была сделана попытка создать юридическую основу для урегулирования гражданско-правовых отношений, прерванных войной. Вначале немецкие юристы, проявляя наивность, свидетельствующую о том, что они продолжали мыслить в категориях довоенного времени, искренне считали возможным толковать Версальский договор по преимуществу с помощью немецких правовых понятий и в соответствии с немецкими методами. Но оригинал договора был составлен на иностранных языках, немецкий перевод не имел юридической силы, а методы правотворчества, понятийный аппарат, правила толкования и стиль написания документов были заимствованы из правовых систем и доктрины держав-победительниц, а точнее, из английского и французского права. При таком положении не оставалось ничего иного, как заняться тщательным изучением систем права этих стран.

Разумеется, в данном случае это было сравнительное правоведение не в чисто научном смысле. Оно использовалось как средство борьбы в юридическом споре для защиты собственных интересов, подобно тому, как это имеет место в адвокатской практике. Конечно, вынужденное знакомство немецких юристов с иностранным правом в связи с необходимостью толковать Версальский договор не было основной причиной развития сравнительного правоведения после Первой мировой войны. Наглядным свидетельством этого служит его распространение и за пределами Германии.

А. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ §2. Функции и цели сравнительного права.

По мнению немца, именно его право является философским камнем, француз думает то же самое о своем праве, и, таким образом, национальная гордость за собственное право стала характерной чертой юридического образа мышления. Сравнительное правоведение в первую очередь было призвано положить конец подобной национальной ограниченности правового мышления.

Первостепенной функцией сравнительного правоведения, как и всех научных методов, является расширение сферы познания. Если под правовой наукой понимать не только толкование национальных законов, правовых принципов и норм, но и исследование моделей для предотвращения и урегулирования социальных конфликтов, то становится очевидным, что сравнительное правоведение как метод обладает более широким спектром типовых решений, чем национально замкнутая правовая наука. И прежде всего потому, что решения, содержащиеся в правовых системах мира, уже в силу объективной необходимости более разнообразны и богаче по содержанию, чем те, которые может разработать за время своей короткой жизни ограниченный рамками своей национальной системы юрист, пусть даже обладающий богатым воображением. Сравнительное правоведение, подобно «школе

правды», расширяет и обогащает «набор решений» и предоставляет критически настроенному исследователю возможности найти «более оптимальное решение» для данного времени и места.

Другие функции сравнительного-правоведения: осознанное проникновение в различные социумы и культуры нашей планеты, чтобы стимулировать постепенное отмирание закоренелых национальных предрассудков и улучшать взаимопонимание между народами: исключительная полезность сравнительно-правовых исследований для правовых реформ в развивающихся странах, стимулирования посредством сравнительно-правовых исследований постоянной критики собственного правопорядка, что может внести больший вклад в развитие национального права, чем национально ограниченная «догматическая дискуссия».

Более подробно мы рассмотрим четыре функции сравнительного правоведения, имеющие особое практическое значение: результаты сравнительно-правовых исследований как материал для законодателя, как инструмент для толкования законодательства, значение сравнительного правоведения для юридического образования и его роль в унификации права.

Важная функция сравнительного правоведения проявляется и в той значительной роли, которую оно играет в юридическом образовании.

Сравнительное правоведение расширяется и обогащает знания студента-юриста; он учится уважать самостоятельную правовую культуру других народов, углубляет понимание собственного права, начинает понимать, как использовать критические идеи для улучшения правовых конструкций, получает знание о социальной обусловленности правовых норм и глубже вникает в процесс формирования правовых институтов. При этом применимость сравнительного правоведения на практике вытекает из самой природы научного знания, эффективность которого проявляется определенное время спустя. В этой связи можно упомянуть лишь полезность сравнительного правоведения для международного частного права, толкования международных договоров в деятельности международных судов и арбитражей, международных властных структур и, наконец, для унификации права.

Уже подрастающее поколение юристов, а вероятнее всего, следующие за ним столкнутся с беспрецедентной «интернационализацией» правовой жизни. Ослабление угрозы войны приведет к идеологическому сближению капиталистических и социалистических стран, то же самое произойдет в отношениях между Севером и Югом. При этом развитые страны больше внимания будут уделять оказанию помощи в правовом образовании развивающимся странам. Серьезная ответственность ложится на юристов и в отношении других важных проблем, таких, как улучшение окружающей среды, устранение расовой розни, усиление социальной справедливости. Они могут быть успешно решены лишь в сотрудничестве народов и государств друг с другом, а не в условиях национальной изолированности. Но наиболее важное значение в этих условиях приобретает ценность повсеместного изучения сравнительного правоведения: оно указывает, в противовес позитивизму, догматизму и ограниченному национализму, на всеобъемлющую ценность права и универсальность правовой науки, помогает преодолевать узкую специализацию с помощью более широких категорий эффективного

обобщающего правового мышления, которое вооружает критический ум широким «набором решений», в которых сконцентрирован опыт всего мира.

Современное сравнительное право, аккумулируя опыт действующих правопорядков стран мирового сообщества, позволяет не только использовать различные варианты решения конкретной юридической проблемы, но и рассматривать их в историческом аспекте, предоставляя тем самым возможность оценить объективно, путем сравнения, эффективность решения, принимаемого на национальном уровне. «Национальные» учебники должны быть переписаны заново с учетом сравнительно-правового метода, чтобы преподаватели в долгосрочной перспективе в обязательном порядке овладели им и с его помощью самостоятельно добывали необходимую информацию.

И, наконец, одной из важных функций сравнительного правоведения является подготовка проектов международной **унификации права**. В политико-правовом аспекте цель унификации – стремиться, соизмеряя желаемое с возможным, к устранению или сглаживанию различий в национальных правовых системах на основе общепризнанных принципов права. Основным инструментом унификации был и остается по сей день «единообразный закон», разрабатываемый экспертами по сравнительному праву.

«Единый закон» является неотъемлемой частью многостороннего международного договора, что обязывает страны – участницы этого договора инкорпорировать его в национальное законодательство и применять в качестве национального закона. В государствах – членах Европейских Сообществ унификация права приобретает все большее значение благодаря использованию наднациональных юридических инструментов (директив и регламентов).

Опыт показывает, что унификация в какой-либо области права с помощью идеального, как бы ниспосланного свыше «единообразного закона» неосуществима. Поэтому на практике применяется следующий метод. Прежде всего инкорпорировать в единый закон нормы, общие для правопорядков всех стран-участниц. А различия устраняют путем включения в унифицированный акт наиболее оптимального национального варианта, устраивающего все страны, или путем разработки с помощью сравнительно-правового метода новых норм, которые более эффективны и практичны с точки зрения реализации возможности их применения во всех странах-участницах, нежели существующие.

Выявление сходства и различий в правопорядках стран мирового сообщества, равно как и оценка существующего регулирования с точки зрения его сохранения или замены новым, невозможно без предварительных сравнительно-правовых исследований при проведении унификации. Значение унификации права заключается в облегчении международно-правового сотрудничества. Такие «единообразные законы» делают излишним применение международного частного права со всеми его проблемами, равно как и чреватое не меньшими опасностями применение иностранного материального права. Однако до сих пор стремление добиться ратификации международных соглашений по унификации всеми государствами мирового сообщества не увенчалось успехом.

С конца XIX века унификация наиболее успешно осуществлялась в области частного права, торгового права, хозяйственного и трудового права, авторского права и защиты прав промышленной собственности, правового регулирования, а также частично в области процессуального права, особенно в том, что касается признания иностранных судебных и арбитражных решений. В тех же случаях, когда

в унификации материального частного права не было необходимости или ее невозможно было осуществить, унифицировались коллизионные нормы, что позволяло избегать элементов случайности и возможной предвзятости при принятии решений местными судами по делам с иностранным элементом.

Следует подчеркнуть заслугу Лиги Наций и ООН в деле унификации правового регулирования обращения ценных бумаг, подсудности третейским судам, равно как и заслугу Римского института по унификации частного права (основан в 1926 г.), разработавшего проект закона о купле-продаже, Гаагских международных конференций по МЧП и различных международных организаций по унификации транспортного, авторского и трудового права. Заслуживает упоминания решение ООН (1966) о создании Комиссии по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), цель которой – содействовать прогрессивному согласованию и унификации норм права международной торговли. Самым крупным ее успехом стало принятие в Вене в апреле 1980 года Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров. Объем унифицированного права еще не столь велик, но он будет расти по мере расширения и углубления международных обменов.

Ранненкампф Н. К. О современной обработке сравнительного правоведения

(по поводу нового журнала «Revue»)

«Развитие сравнительного правоведения составляет одну из характерных черт нашей эпохи, говорит автор статьи, г. Ролен-Жекмин; – оно есть результат космополитического движения, которому повинуются наше общество. В настоящее время каждая нация существует со своими индивидуальными отличиями, племенными, филологическими, интеллектуальными и физическими, но вместе с тем каждая стремится подчинить их требованиям человечества и естественного права, и принимает в соображение реформы, производимые в этом направлении в других странах. Между нынешними цивилизованными народами установился род благородного соревнования, в котором каждый поочередно дает примеры и пользуется опытом других. Это соревнование сообщает самому патриотизму характер более возвышенный и серьезный, побуждая законодателей и ученых знакомиться с явлениями чужеземными и переносить в отечество всё то, что есть в них отличного и полезного».

«Без всякого предварительного соглашения, или официального учреждения, по инстинктивному стремлению века, возникают ныне разом, на различных точках, проекты различных реформ, требуемых разумом и человечеством. Иногда почти одновременно, и в одном и том же виде, ставятся одни и те же вопросы в странах далеко не родственных. Некоторые из этих вопросов получили даже окончательное решение; таковы – о правоспособности лиц, о личной зависимости, о свободе движения и пребывания, о соразмерности наказания и преступления, об уничтожении наказания за лихву, об уничтожении привилегированных корпораций, о свободном обращении золота и серебра, о равенстве супругов в правах частных и государственных, об уничтожении телесных принуждений, о равенстве показаний хозяев и работников и мн. др. Не более 40 лет назад большая часть этих вопросов глубоко разделяла мнения политиков и ученых. Вместе с этим явился ряд других вопросов, где всё дело состоит не в принципе, но в приложении, организации. Именно здесь – опыт одних народов может быть полезен для других, останавливая необдуманый энтузиазм с одной стороны, и неосновательную боязнь и

недоверие с другой. Таковы – организация пенитенциарной системы, меры полицейского предупреждения, учреждения благотворительности, механизм представительного правления, право избирательности, определение правоспособности в известных профессиях (особенно, так назыв. свободных), организация учебных учреждений, власти судебной, права присяжных и мн. др.»

«Поставляя своей задачей сравнительное изучение законодательств, мы далеки, говорит г. Ролен – от мысли и даже надежды привести все законодательные нормы к одному общему типу, годному для всех народов. Единство не должно уничтожать разнообразия. Несмотря на сближение между расами и государствами, внесенное новейшей цивилизацией, несмотря на ослабление и уничтожение многих условий прежнего разъединения, существуют и всегда будут существовать непреодолимые препятствия к полному слиянию различных законодательств. Совершенно ошибочна мысль тех, которые думают, что сравнительная разработка права может ослабить национальный дух. Она угрожает лишь национальным предрассудкам. Дух национальный, разумный и законный, лежит в условиях реальных, а не фиктивных, и не может быть заглушен; национальные же предрассудки основываются на ограниченности умственной, неразвитости отношений жизни, и без сомнения должно отказаться от мысли, что для сохранения своей оригинальности и независимости необходимы законы возможно отличные от законов соседних государств. ... Национальный дух состоит преимущественно в чувстве и сознании необходимости своей политической индивидуальности; но это сознание вовсе не исключает желания занимать у других народов то, что есть у них лучшего, нежели в законодательстве отечественном».

Бекон, Грот, Монтескье, Бентам стоят на началах всемирного законодательства, пользуются материалом всех времен, стран и народов; но, при всем том, их труды далеки от сравнительного правоведения в современном смысле. Гуго Грот стремился отыскать и объяснить – не законы, по которым происходит юридическое развитие государств, но вечный порядок, лежащий в природе вещей, и который он думал найти при «свете разума»; положительный материал, собранный им с таким избытком, служит ему не для объяснения фактов и взаимного их отношения, но для доказательства истины начал, созданных разумом a priori, и в которых очевидно выражались лишь сознание и отношения эпохи. Еще менее может быть принят руководителем нынешнего сравнительного правоведения Бентам. Резкий критик существующего порядка, особенно английского законодательства, смелый новатор, предлагавший радикальные меры и реформы, – Бентам более всего полагался на свою критику и логическую последовательность выводов, и менее всего уважал условия исторические и этнографические народов. Впрочем, взгляд Бентама на законодательную деятельность выражал лишь представления его эпохи, считавшей возможным непосредственное приложение к жизни кабинетных планов.

Ни Монтескье, ни тем более его эпоха, не заключали в себе условий, необходимых для вполне научной разработки сравнительного права. Исторические материалы и научные приемы того времени были в самом младенческом состоянии. Стремления XVIII века и исторический взгляд на юридические отношения стояли друг к другу в враждебном положении. Самый действительный юридический мир не мог возбуждать к созданию новых и плодотворных учений: почти во всех сферах и слоях общественных

сохранились глубокие следы недавнего феодализма, принципы же неограниченной монархии везде господствовали ненарушимо; о свободе политической, умственной, даже можно сказать, религиозной, носились самые неясные идеи. Все тяготились существовавшим гнетом и злоупотреблениями, но лишь немногие сознавали сколько-нибудь ясно их причины; о путях же и средствах исправления господствовали самые незрелые, поверхностные понятия, и то лишь в узком круге смелых мыслителей; большинство, массы жило в благоговении к величественной древности, и мало надеялось на облегчения и реформы.

Все эти условия отразились на произведении Монтескье. Поклоняясь положительному миру, Монтескье не различал причин необходимых и разумных от случайных и временных, порожденных своевластием, неведением, ошибками, и потому почти везде смешивает объяснение с оправданием явлений. ... Сама наука сравнительного правоведения сливается у него, как и у Бекона и Бентама, с понятием о философии права.

В период феодализма, под влиянием общей изолированности всех общественных сфер и учреждений, племен, государств, феодальных владений, городских муниципий, сельских иммунитетов, церковных и религиозных общин и братств, при отсутствии обмена и движения материального и духовного, сравнительное изучение права упадает вовсе. В это время науке предстояла другая задача: нужно было найти основания, опираясь на которые, можно было бы бороться против насилий феодализма, бесконечных привилегий, нужно было связать вновь возникавшую цивилизацию и новые порядки с высокими преданиями и результатами цивилизации древней. Могущественным орудием такого движения было римское право.

Решительный поворот и прочное основное в развитии научного сравнительного правоведения начинается со времени известной борьбы бывшей в 20-х годах между школой исторической Савиньи, Пухты и философскою, Тибо, Гегеля, Ганса. Взаимно упрекая друг друга в ограниченности оснований и целей, обе школы, мало по малу, отказались от крайностей своих воззрений и пришли к взаимным уступкам. Позитивисты историки согласились, что отдельные положения и целые законодательные системы различных народов и времен представляют лишь частные явления, и не заключают в себе всей полноты юридических начал; философы в свою очередь отказались от безусловных выводов разума, не подкрепленных данными положительной жизни. Средняя примирительная почва между направлением позитивным и рациональным была найдена в сравнительной обработке права, которое было признано необходимым условием трудов исторических и догматических; вместе с тем во всех курсах и сочинениях, касавшихся общих вопросов, и появившихся с 30-х годов, стали упоминать о сравнительной разработке как о самостоятельном методе, имеющем свои особые приемы, и занимающем равное место с методом положительным и философским. Последнее мнение было ошибкою, осознанною в настоящее время. Сравнение есть одно из средств понимания и изучения, но не самостоятельный метод; оно не употребляет и даже не имеет независимых способов разработки и пользуется лишь двумя общими путями человеческой мысли, анализа и синтеза, основных методов всякой умственной деятельности, а следовательно, и правоведения.

Обращаясь к анализу и синтезу, современное сравнительное правоведение признает основным материалом, на котором должно работать и от которого не может оторваться, без ущерба для истины, - действительный мир и положительные отношения. В каждом явлении оно ищет его внутренние причины, разлагая более сложные на простые и элементарные; результат такой работы состоит в обобщении законов, выведении общих начал, которые господствуют над множеством частных фактов и показывают внутреннее родство там, где представлялась разрозненность или простая внешняя зависимость. Далее современное сравнительное правоведение создало, что явления суть произведения не единичной, но многих причин, и потому, не останавливаясь на какой-либо одной, хотя бы и самой важной, стремится обнять всю совокупность их и показать степень и способы действия каждой. Наконец, сравнительное правоведение, имея своим предметом отношения и действия человеческие, подчиненные истории, т.е. изменяющиеся в своем существе, формах и сознании людей, стремится понять их как живой и развивающийся мир, воспроизвести события во всей полноте и истине их жизни, и этим путем как бы заменить опыт, которым пользуются физические науки, повторяя механические явления, и которого лишены науки гуманитарные.

Исполненное таких задач, сравнительное правоведение не может ограничиться изучением лишь своего непосредственного предмета. Отношения юридические, необъяснимые в своей специальной сфере, становятся понятными, приведенные в связь со всеми прочими явлениями, среди которых получили свое бытие. Вот почему правоведение вообще, а тем более сравнительное, имеющее перед собой такие обширные задачи и необозримый материал, должно призывать на помощь в своих исследованиях возможно больший запас идей и сведений, представляемых другими отраслями знаний, и особенно истории, филологии, землеведения и некоторых отделов наук естественных.

Ошибка, сделанная правоведением 30-х годов, в признании сравнительной обработки права за особый самостоятельный метод, не препятствовала однако же успехам изучения самого предмета. Именно с этого времени обнаружилась в рассматриваемой области чрезвычайно плодотворная деятельность; появились замечательные труды Ганса, Унгера, Пюттера. Были основаны специальные журналы с целью следить за всеми научными и законодательными явлениями иностранных государств. ... Деятельность эта продолжается и по настоящее время, особенно замечательные труды принадлежат Лабуле, Гобино, Колфаврю, Батби Рутиману, Блюмеру, Ирисону. Более всего посчастливилось государственному, судебному и торговому праву, и в частности некоторым отдельным вопросам: о конституционном устройстве, о печати, цензуре, о судеустройстве, присяжных.

Впрочем, должно сказать, что нынешние успехи сравнительного правоведения, несмотря на свою значительность, составляют в существе дела не более как твердые начала для будущего развития предмета. ... Особенно важный недостаток сравнительного правоведения состоит в том, что исследователи обыкновенно останавливаются только на законодательствах главнейших государств Западной Европы, опуская и вовсе не упоминая о кодексах народов незначительных, напр. Датчан, Шведов, Норвежцев, Голландцев, Португальцев, у которых однако же в последнее время совершены важные законодательные работы по вопросам об организации общественного обучения, благотворительности, ассоциаций, ответственности чиновников и министров, определения отношений

общественных классов и мн. др. точно так же мало известно и законодательство Швейцарии, представляющее в своих 22 конституциях и кодексах необыкновенное разнообразие государственных форм и юридических отношений, от самых либеральных и до самых консервативных, и где в настоящее время совершается важнейшая реформа в конституционных основаниях, допущением референдума и общим призывом граждан к непосредственному участию в предложении и утверждении законодательных и правительственных мер и актов. Ещё менее известны законодательства Американские, особенно государств Южной Америки; между тем здесь, по справедливому замечанию Ролена, старая Европа могла бы многое узнать и многому поучиться; в бесконечном разнообразии и смешении языков, рас и культур, на громадной территории, обнимающей все почвы и климаты, служащей широким полем для самых смелых предприятий, не было идеи и плана, которые не подвергались бы опыту и не получили применения в каком-либо законодательном акте.

Что же касается государств Азиатских, законодательств Ислама, Китайского, Индийского, то об них и говорить нечего; в этой области наука почти ничего не сделала, владеет сведениями лишь отрывочными, часто неверными и всегда непроверенными критикой. Как ни могут казаться учреждения и законодательства этих народов бедными, отсталыми, исполненными заблуждений и неправд, они сохраняют однако же в себе следы разнообразных ступеней цивилизации, и в этом отношении представляют богатый и незаменимый материал для истории юридических отношений, для характеристики как этих народов, так и для определения существенных отличий и успехов учреждений и законодательств Европейских.

Наконец о законодательстве Русском Западноевропейская наука не только ничего не знает, но и отличается упорным и необъяснимым желанием что-либо знать. В редких случаях она доходит до упоминания о том или другом Русском законоположении, но и то с очевидною целью представить дело в темном виде; при этом руководствуется самыми бедными, отсталыми и часто извращенными сведениями, сообщаемыми каким-либо иностранным путешественником или даже подложным документом (вспомним только о знаменитом и никогда не существовавшем завещании Петра Великого...). Полное исследование Западноевропейской науки относится не только к истории Русского государства и права, но даже и к новейшим законодательным реформам; последнее тем более странно и неизвинительно, что и Русское правительство и ученые общества и отдельные лица отличаются полной готовностью сообщить все желаемые законодательные сборники и акты, и нередко даже сообщают их с присоединением даже перевода на какой-либо общеизвестный Западноевропейский язык...

Ковалевский М. М. Историко-сравнительный метод в юриспруденции и приемы изучения истории права

В результате исследования оказалось, что сравнительный метод может быть рассматриваем с двух точек зрения: во-первых, как средство к построению совершенно новой ещё ветви описательной социологии – я разумею естественную историю человеческих обществ, - во-вторых, как один из приемов изучения истории того или другого права в частности. В первом своем значении ... сравнительный метод следовало бы применять одновременно к изучению самых разнообразных сторон

общежития. Для позитивиста немислимо изучение одной лишь стороны быта народа, так как ему ясна связь всех и каждой из них и определение характера одной суммой тех влияний, какие обнаруживают другие. Во втором смысле, в смысле особого приема изучения истории права того или другого народа, сравнительный метод призван не к обогащению истории права новым материалом, а к объяснению факта происхождения тех или других явлений юридического быта.

В этом отношении сравнительный метод резко отличается от целого ряда других приемов, состоящих в изучении то фактов переживания, то всей суммы правовых норм известного народа в изучаемый период его развития, то данных языка, мифологии и народной литературы, то, наконец, вещественных свидетельств, доставляемых археологическими раскопками. Все и каждый из названных приемов прямо приводят к обогащению исследователя новыми данными. Находя обоснование себе, как в консерватизме преимущественно обычного права, так и в том обстоятельстве, что различные явления юридического быта тесно связаны между собой и носят на себе отпечаток один другого, вышеуказанные приемы в состоянии дать неопровержимые результаты лишь под условием их одновременного применения и взаимной проверки.

В своей совокупности добытый с помощью их новый материал является не более, как дополнением к тому, какой заключают в себе прямые источники истории права, памятники законодательства и юридической практики, научное исследование которых возможно опять-таки не иначе, как под условием применения к ним известных научных приемов. Соответствие выводов, полученных путем изучения возможно разнообразного материала прямых источников, является наиболее надежным ручательством правильности общих заключений.

Как ни просты высказанные здесь мысли, они не нашли доселе коллективного выражения себе не в одной лишь русской, но и в западноевропейской юридической литературе. Из этого не следует, чтобы описанные приемы являлись для кого-либо новинкой. Историки и юристы сплошь и рядом применяли их, не заботясь о выяснении их характера перед читателями, иначе сказать, действовали методично, хотя и не писали о методах.

Максимейко Н. А. Сравнительное изучение истории права

Научные результаты от применения сравнительного метода состоят в следующем. Во-первых, посредством аналогий разъясняются многие темные и недостаточные определения памятников национального права. Во-вторых, яснее обозначаются свойства тех или других исторических явлений права... В-третьих, сравнительный метод дает возможность открыть истинные причины правовых явлений местной истории. В этом отношении следует различать несколько случаев. А) так, путем сравнений некоторые учреждения получают более глубокое объяснение, в сравнении с тем, которое извлекается из одного местного материала: например, общинное землевладение, замеченное у славянских народов, объяснялось прежде как результат национальной особенности славян; но после того как сравнительные изыскания показали, что общинное землевладение свойственно и другим народам – немцам, индусам, краснокожим и т.д., тогда в основе этого института стали видеть уже не местную причину, а мировую, а мировую, космополитическую. Б) далее случается так, что в истории

местного права мы встречаем такие нормы, которые на первый взгляд поражают нас необъяснимой странностью. Мы готовы заклеить их как аномалию и уклонение от здравого смысла, готовы отказаться от объяснения их причин. Но если мы и в других законодательствах откроем подобные же постановления, то это наведет нас на мысль, что такие по-видимому нелепые нормы имеют резонное основание, и мы постараемся найти его. С) мало того, путем сравнительного метода мы можем констатировать отсутствие того или другого явления в местной истории права, например, феодализма в России, и вместе с тем, задаться вопросом о причинах такого отсутствия. Между тем с помощью одних местных источников мы не задумались бы над этой стороной дела. Наконец, в-четвертых, сравнительный метод дает нам высшее понимание истории национального права, именно приводит нас к оценке ее не с точки зрения личных вкусов и пристрастий, а с точки зрения того объективного масштаба, который заключается в общей системе мировой эволюции права. Далее сравнительный метод дает возможность определить, к какой стадии общего правового развития относится то или другое явление из местной истории: например, этим способом проф. В. И. Сергеевич доказал, что Московские земские соборы принадлежат к так называемой вторичной форме народных собраний, т.е. к средневековому типу политического представительства. Наконец, только на почве сравнений можно узнать, что внес данный народ в общую сокровищницу правового прогресса.

Таковы научные достоинства этого вида сравнительного метода. Отметим теперь те результаты, которые получаются для жизни от его применения.

1) такое изучение укрепляет мысль о закономерном развитии местного права. ... Развитие права покоится на твердых незыблемых основаниях человеческой природы, и таким образом умеряются наши рационалистические требования по отношению к настоящему состоянию права и к будущим его построениям. 2) чем более будет подмечено общечеловеческих черт в истории местного права, тем большая явится отсюда уверенность, что этому праву и в будущем предстоит то же развитие и та же участь, что и всему человечеству и в частности тем народам, которые шагнули дальше вперед. 3) отличия отечественной истории права не должны служить к нашему стыду и возбуждать в нас чувство приниженности, как будто бы общечеловеческие законы развития для нас не писаны. Точно так же не должны они порождать у нас кичливости и самомнения, как будто мы соль земли. Нет, они должны развивать в нас здоровое и трезвое сознание того, что и мы не бесследно прошли в истории и мы сказали своё слово в общем мировом концерте. Стыдно было бы, если бы таких особенностей нельзя было совсем указать: всё равно как стыдно было бы тому, о ком бы сказали, что он такой же человек, как и все, не имеет никакой собственной индивидуальности, думает и поступает так же, как и другие.

И в интересах преподавания является желаемым применение сравнительного метода. Во-первых, исторические явления местного права будут ярче запечатлеваться в памяти слушателей, когда, кроме характеристики их на основании местных источников, в них будут ещё подчеркиваться их общечеловеческие черты и национальные особенности. Во-вторых, как картина в рамках выглядит рельефнее, так и история национального права предстанет слушателям более ясной и оттененной на фоне общечеловеческого развития.

Вот те соображения, которые делают необходимым сравнительный метод при изложении истории русского права.

Вопросы и задания

Ознакомившись с отрывками из монографии К. Цвайгерта и Х. Кётца «Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права», ответьте на данные ниже вопросы и выполните задания.

1. С каким событием авторы связывают рождение сравнительного правоведения как самостоятельной науки? Что вам известно об этом событии из курса истории?

2. Какой научный потенциал видели ученые XX века в зародившейся науке сравнительного правоведения?

3. Каким образом компаративисты осуществляют сравнение правовых систем разных стран? В чем состоит сущность различных подходов к сравнению правовых систем? Какой подход вы считаете оптимальным?

4. Укажите черты сходства и различия между сравнительным правом и такими дисциплинами, как международное частное, международное публичное право, история права, этнология права, социология права.

5. Как повлияли на формирование сравнительного правоведения такие его течения, как законодательное сравнительное правоведение и научно-теоретическое правоведение? Расскажите про исторический путь развития этих течений.

6. Можно ли отдать пальму первенства какой-либо конкретной стране в которой зародилось сравнительное правоведение? Почему?

7. Что, по мнению авторов, являлось главной целью сравнительного правоведения на момент его возникновения?

8. Как протекало развитие сравнительного правоведения в различных странах?

9. Кому, по мнению К. Цвайгерта и Х. Кётца, принадлежит первое крупное системное сравнительно-правовое исследование? Как авторы оценивают достоинства этой работы?

10. В какой стране сравнительное правоведение приобрело статус самостоятельной отрасли правовой науки?

11. Перечислите основные функции сравнительного правоведения, оперируя выдержками из текста. Поясните значение каждой функции, используя помимо приведенного отрывка, собственные знания и представления.

12. Что говорят авторы о практике унификации права? В каких областях права она применялась? Какими методами?

13. Какую роль играет сравнительное правоведение в образовании студента-юриста?

Прочитав выдержки из статьи Н. К. Ренненкампа, посвященной анализу проблематики научных статей в журнале «Revue», ответьте на приведенные ниже вопросы:

1. В чем Ролен видит задачи сравнительного изучения законодательств? Как в его понимании соотносятся принцип разнообразия рас и типов государств с идеей комплексного изучения законодательств различных типов? В чем автор видит КПД сравнительной разработки права?

2. Как оценивает Ролен работу своих предшественников в области изучения начал всемирного законодательства? Какие периоды в научном становлении сравнительного правоведения выделяет автор? Назовите основные причины «ограниченности» научных разработок в области сравнительного правоведения, оперируя цитатами из текста.

3. Какой период автор считает поворотным в деле развития научного потенциала сравнительного правоведения? Почему?

4. Что Ролен считает предметом сравнительного правоведения? В чем видит успехи и недостатки современного ему сравнительного правоведения?

Прочитав выдержки из статьи М. М. Ковалевского и Н. А. Максимейко, ответьте на данные ниже вопросы и выполните задания:

1. Используя дополнительную литературу, оцените научный вклад М. М. Ковалевского в дело развития сравнительного правоведения.

2. На основе текста определите значение и сущность сравнительного метода, применяемого в сравнительном правоведении.

3. В чём состоит принципиальное отличие сравнительного метода от других методов и приемов, применяющихся для изучения правовых систем различных государств?

4. Сравните оценку значения сравнительного метода, данную в работе М. М. Ковалевского и Н. А. Максимейко.

Раздел 2. Множественность правовых систем, их классификации и характеристики

К. ЦВАЙГЕРТ, Х. КЁТЦ. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права:

В 2 т. Т. I. Основы / Пер. с нем. Ю.М. Юмашева.

М.: Международные отношения, 1998

(Извлечения)

Б. ПРАВОВЫЕ СЕМЬИ МИРА § 5. Стиль правовых семей.

Задача классификации правовых семей – обеспечить, чтобы различные правовые системы в результате их систематизации стали более доступными для научного анализа. В прошлом не раз предпринимались попытки подобной классификации. Особенно настойчиво этой проблемой занимались Арминджон, Нольде и Вольф. Их не устраивало выдвинутое ранее, в начале XX века, предложение Эсмайна классифицировать правовые системы в рамках романской, германской, англосаксонской, славянской и исламской правовых семей. По их мнению, для подобной классификации отсутствовали четкие критерии. Однако эту критику вряд ли можно считать справедливой, так как для своего времени классификация Эсмайна была счастливой находкой, равно как и выдвинутые им критериализации правовых семей.

Арминджон, Нольде, Вольф предложили свою классификацию современных правовых систем, не зависящую от географических, национальных и других специфических факторов, а опирающуюся на содержательный принцип, на соотношение общего и особенного. Их классификация включала семь правовых семей: французскую, германскую, скандинавскую, английскую, российскую, исламскую и индийскую.

В работе Рене Давида, написанной почти в то же время, критикуются теории предшественников за отсутствие убедительных критериев для определения различий между правовыми семьями и утверждается, что лишь два из них выдержали испытание временем. Первый из них – идеологический (который, с его точки зрения, является отражением религиозных, философских воззрений данного общества, его политической, экономической и социальной структуры). Второй – юридико-технический, играющий, однако, вспомогательную роль.

Рене Давид выделил три правовые семьи: романо-германского права, общего права и социалистического права. Позднее он объединил под общим родовым понятием «другие системы», слабо между собой связанные исламское право, иудейское право, а также право вновь образовавшихся стран Африки и Мадагаскара.

Так как сравнительно-правовые исследования наиболее интенсивно (хотя и далеко не достаточно) проводятся в сфере, которую правовая наука на Европейском континенте причисляет к частному праву, и так как теория правовых семей является в целом почти исключительно сферой деятельности компаративистов-цивилистов, то эта теория почти всегда развивается так, будто не существует другого права, кроме частного. При применении теории правовых семей следует помнить о возможных различиях в источниках происхождения изучаемых правовых систем.

Классификация правовых систем по правовым семьям, равно как и образование последних, в значительной степени обусловлена временем и постоянно подвержена влиянию законотворческой деятельности и других факторов. Это означает, что сравнительная история права, или так называемое «вертикальное» сравнительное правоведение, изучает различные, уже ушедшие в прошлое и отличающиеся друг от друга в зависимости от рассматриваемой эпохи правовые семьи. Сравнительное же правоведение в собственном смысле этого слова изучает те правовые семьи, которые включают лишь современные, «живые» правопорядки.

Решающим критерием в деле классификации правовых семей выступает стиль. По нашему мнению, факторами, определяющими стиль в рамках теории правовых семей, являются: 1) историческое происхождение и развитие правовой системы; 2) господствующая доктрина юридической мысли и ее специфика; 3) выделяющиеся своим своеобразием правовые институты; 4) правовые источники и методы их толкования; 5) идеологические факторы.

Вопросы и задания

Ознакомившись с отрывком из монографии К. Цвайгerta и Х. Кётца «Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права», ответьте на данные ниже вопросы и выполните задания.

1. Какова основная задача проведения научной классификации правовых семей? Объясните причины существования обилия различных классификаций? Приведите примеры. В чем, по мнению К. Цвайгерта и Х. Кётца, состоят недостатки и достоинства известных классификаций правовых семей?
2. Каковы, по мнению авторов, оптимальные критерии для классификации правовых семей?

**ДАВИД РЕНЕ, ЖОФФРЕ-СПИНОЗИ КАМИЛЛА Основные правовые системы
современности**

Пер. с фр. В.А. Туманова. М.: Международные отношения, 1998

(Извлечения)

ВВЕДЕНИЕ Отдел II. Разнообразие современных правовых систем

Множественность правовых систем. В современном мире каждое государство имеет свое право, а бывает и так, что в одном и том же государстве действуют несколько конкурирующих правовых систем. Свое право имеют и негосударственные общности: каноническое право, мусульманское право, индусское право, иудейское право. Существует также международное право, призванное регулировать во всемирном или региональном масштабе межгосударственные и внешнеторговые отношения. И хотя в современном мире существует множество правовых систем, они могут быть сведены в ограниченное число семей.

Различия не зависят только от входящих в состав права норм. Было бы поверхностным и неправильным видеть в праве только лишь совокупность норм. Однако право – это значительно более сложное явление, выступающее как система. У нее определенный понятийный фонд; она соединяет нормы в определенные группы; использует определенные способы создания и толкования норм; она связана с определенной концепцией социального строя, и от этой концепции зависит, как применяется и вообще функционирует право.

16. Группировка правовых систем в семьи. Различия между правом разных стран значительно уменьшаются, если исходить не из содержания их конкретных норм, а из более постоянных элементов, используемых для создания, толкования, оценки норм.

Отсутствует единое мнение о том, каким путем должна быть проведена эта группировка и какие «семьи права» мы признаем в итоге. Одни стремятся провести классификацию, исходя из концептуальных структур правовых систем или иерархии различных источников права. Другие считают, что классификация не может основываться на второстепенных технических свойствах, и выдвигают на первый план тип общества, которое стремятся создать с помощью права, или место права в рамках данного социального строя. Каждая из классификаций имеет свое достоинство. Все зависит от того, что хотят изучить, и от основных поставленных целей.

17. Романо-германская правовая семья. Эта семья включает страны, в которых юридическая наука сложилась на основе римского права. Здесь на первый план выдвинуты нормы права, которые рассматриваются как нормы поведения, отвечающие требованиям справедливости и морали. Определить, какими же должны быть эти нормы, – вот основная задача юридической науки;

поглощенная этой задачей, доктрина в меньшей мере интересуется вопросами управления, отправлением правосудия и применением права; этим занимаются юристы-практики.

В романо-германской семье начиная с XIX века господствующая роль отведена закону, и в странах, принадлежащих к этой семье, действуют кодексы.

В силу исторических причин право выступает здесь прежде всего как средство регулирования отношений между гражданами, другие отрасли права были разработаны гораздо позднее и менее совершенны по сравнению с гражданским правом, которое и остается основой юридической науки.

Семья романо-германских правовых систем возникла в Европе. Она сложилась в результате усилий европейских университетов, которые выработали и развили, начиная с XII века на базе кодификации императора Юстиниана общую для всех юридическую науку, приспособленную к условиям современного мира. Термин «романо-германская» был выбран для того, чтобы отдать должное совместным усилиям, прилагавшимся одновременно университетами латинских и германских стран.

В результате колонизации романо-германская система распространилась на обширные территории, где в настоящее время действуют правовые системы, принадлежащие к этой семье или родственные ей. Вместе с тем происходила и ее добровольная рецепция, в результате которой мы сталкиваемся с романо-германской системой в ряде стран, которые не были под господством европейцев, но куда проникали европейские идеи и где были сильны прозападные тенденции.

Между правовыми системами, относящимися к романо-германской семье, имеется немало различий; каждое государство имеет свое, свойственное ему национальное право. Наиболее фундаментальное из этих различий отделяет право европейских стран от права неевропейских стран, принадлежащих к этой системе. Причина различия в том, что европейские страны в наше время полностью обновили идеологию, господствовавшую после Французской революции. Здесь на первом плане оказались ныне заботы о социальном равенстве и экономическом развитии, которыми в ту пору можно было пренебречь.

18. Семья общего права (common law). Другая правовая семья – общего права – включает право Англии и стран, последовавших образцу английского права. Характерные черты этого права совсем иные, нежели право всех систем романо-германской семьи. Общее право было создано судьями, разрешавшими споры между отдельными лицами; эту печать своего происхождения данная правовая система несет на себе до сего времени. Норма общего права менее абстрактна, чем норма права романо-германской правовой семьи, и направлена им то, чтобы разрешить конкретную проблему, а не сформулировать общее правило поведения на будущее. Нормы, касающиеся отправления правосудия, судебного процесса, доказательств и даже исполнения судебных решений, в глазах юристов этих стран имеют не меньшее, а даже большее значение, чем нормы, относящиеся к материальному праву; их основная забота – немедленное восстановление статус-кво, а не установление основ социального порядка. Наконец, общее право в силу своего происхождения связано с королевской властью. Оно получало толчок для своего развития тогда, когда порядок в стране находился под угрозой или когда какие-либо иные важные обстоятельства требовали или оправдывали вмешательство королевской власти; в этих случаях оно как бы приобретало черты публичного права, так как споры частного

характера интересовали суды общего права лишь в той степени, в какой они затрагивали интересы Короны или королевства. При формировании и развитии общего права учения романистов, основанные на гражданском праве, играли весьма ограниченную роль; классификации общего права, его концепции и сам словарь юристов этой формации совершенно иные, чем в правовых системах романо-германской семьи.

Так же, как право романо-германской семьи, общее право получило в определенный период широкое распространение в мире в силу тех же причин колонизации или добровольной рецепции. Можно различать европейское общее право (Англия, Ирландия) и внеевропейское. Вне Европы (например, в некоторых мусульманских странах или в Индии) общее право было воспринято лишь частично. Здесь важен результат, к которому привело применение общего права в условиях его сосуществования с традициями другой цивилизации. Кроме того, различие среды может повлечь и глубокое различие между правом страны, где оно возникло, и страны, в которую оно импортировано. Общее право дает этому особенно наглядное подтверждение. Среди стран общего права есть такие, как США и Канада, в которых сложилась культура, отличающаяся во многих аспектах от английской. Поэтому право этих стран получило широкую автономию в рамках правовой семьи общего права.

19. Связь между двумя семьями. Страны романо-германского права и страны общего права неоднократно соприкасались на протяжении веков. И там и здесь право испытывало влияние христианской морали, а господствовавшие начиная с эпохи Возрождения философские течения выдвинули на первый план идеи индивидуализма, либерализма, понятия субъективных прав. Общее право и сегодня сохраняет структуру, весьма отличающуюся от права романо-германской семьи, но при этом возросла роль закона и методы, используемые каждой из этих семей, сблизились. Норма права все более и более понимается в странах общего права так же, как и в странах романо-германской семьи, и из этого следует, что, по существу, и там и здесь по ряду вопросов принимаются очень сходные решения, основанные на одной и той же идее справедливости.

Стремление говорить о единой семье западного права тем более сильно, что в некоторых странах существуют такие правовые системы, которые трудно отнести с определенностью к той или другой правовой семье, так как они много заимствовали и там и тут. В числе таких смешанных правовых систем можно назвать шотландское право, право Израиля, Южно-Африканской Республики, провинции Квебек, Филиппин. Семьи романо-германского общего права юристами стран социалистического лагеря часто объединяются под общим термином «буржуазное право».

21. Иные правовые системы. Нет ни одной правовой системы, которая не позаимствовала бы те или иные элементы у одной из названных семей, и может даже показаться, что все другие системы – это не более чем пережитки, призванные исчезнуть в более или менее далеком будущем по мере прогресса цивилизации. Однако подобное мнение – не более чем гипотеза. Принципы, которыми руководствуются незападные страны, бывают двух видов. Одни признают большую ценность права, но само право понимают иначе, чем на Западе. Другие отбрасывают саму идею права и считают, что общественные отношения должны регламентироваться иным путем. Первые – это страны мусульманского, индийского и иудейского права; вторые – это страны Дальнего Востока, Африки и Мадагаскара.

22. Мусульманское, индуское и иудейское право. В мусульманских странах внимание сконцентрировано на идеальной системе – мусульманском праве, связанном с религией ислама. Местные обычаи рассматриваются при этом как чисто фактические явления, а законы и ордонансы властей – как управленческие меры временного или местного значения, которые далеко не в полной мере достойны называться правом. Примерно то же самое можно сказать об иудейском праве. И в Индии, правда, в другом контексте, тщательно различают дхарму – учение о справедливом – и арту – то, что обеспечивает богатство и власть. Право, связанное с религией или с определенным мировоззрением, может не применяться судами, а индивидуумы не обязательно следуют ему в своей деятельности. И тем не менее такое право оказывает существенное влияние как на людей, так и на правоприменительные органы.

23. Дальний Восток. Совершенно иная картина открывается нам при взгляде на Дальний Восток, и особенно Китай. Здесь речь не идет о том, чтобы уметь увидеть некое идеальное право, отличающееся от норм, изданных законодателем, или других норм, применяемых на практике. Здесь под сомнение поставлена сама ценность права. В глазах китайцев право не просто далеко от того, чтобы быть фактором порядка, и символом справедливости; оно – орудие произвола, фактор, нарушающий нормальный порядок вещей. Добропорядочный гражданин не обязан уважать право и даже думать о нем; его образ жизни должен исключать любые правовые притязания и всякое обращение к правосудию. В своем поведении человек должен руководствоваться не юридическими мотивами, а стремлением к гармонии и миру. Согласительные процедуры ценнее правосудия, и конфликты следует гасить путем посредничества, а не решать правовым путем. Конечно, могут существовать законы как средство устрашения или как какая-то модель. Но они создаются не для того, чтобы применяться, и к тем, кто хочет строить свою жизнь, руководствуясь ими и игнорируя приличия и правила хорошего поведения, не испытывают ничего, кроме презрения. Так же относятся и к тем, кто изучает или применяет право. Сами суды склоняют стороны к мировому соглашению и разработали оригинальную технику применения права, а точнее, уклонения от его применения.

24. Черная Африка и Мадагаскар. Все, что сказано о Дальнем Востоке, может быть распространено на Черную Африку и Мадагаскар. В условиях, где индивидуализм занимает так мало места и на первый план выдвинуто единство общественной группы, основное – это сохранение и восстановление гармонии, а не уважение к праву. Право западного образца, действующее здесь, – по большей части лишь орнамент. Большинство населения продолжает жить в соответствии с традициями (мало похожими на то, что на Западе понимают под правом), не обращая внимания на искусственные своды правовых норм.

Вопросы и задания

Ознакомившись с отрывком из монографии Рене Давида, Жоффре-Спинози Камиллы «Основные правовые системы современности», выполните задание.

На основе прочитанного материала, составьте сравнительную таблицу «Правовые семьи мира», отражающую воззрения Рене Давида и Жоффре-Спинози Камиллы, определив предварительно

критерии для сравнения. Заполните таблицу. Сравните разные правовые семьи, определив их специфику и различия.

Р. ИЕРИНГ. Дух римского права на различных ступенях его развития

Часть первая. СПб., 1875

(Извлечения)

ВВЕДЕНИЕ *Задача и метод ее решения. Значение римского права для нового мира*

Три раза Рим диктовал миру законы, три раза приводил народы к единству: в первый раз, когда римский народ был еще в полной своей силе – к единству *государства*; во второй раз после того как этот народ уже исчез – к единству *церкви*; в третий раз, – вследствие усвоения римского права в средние века – к единству права; в первый раз внешним принуждением – силою оружия, два другие раза – силою духа. Всемирно-историческое значение и призвание Рима, схваченные одним словом, составляют преодоление принципа национальности идеею всеобщности. Тяжело вздыхали народы под гнетом внешних и духовных оков, в которых держал их Рим, тяжелых битв стоило им достигнуть свержения ига. Но польза, полученная от этого историею и ими самими, превышает страдания, которые они должны были вытерпеть.

Всемирное владычество Рима нашло свое оправдание в христианстве, которому оно проложило путь; без централизующего языческого Рима не возник бы и христианский Рим. Плодом второго всемирного владычества, которое осуществлял Рим, было религиозное и нравственное воспитание новых народов. Странное явление! Римское право, должно было сначала умереть для того, чтобы развернуться во всей своей силе. И в каких размерах оно развернулось! В начале – не более как юридическая грамматика в руках ученых, оно вскоре поднимается на степень уложения для того, чтобы, в конце концов, после того, как внешний авторитет у него был оспорен и большею частью отнят, променять его на несравненно высший авторитет канона нашего юридического мышления. Римское право сделалось так же, как христианство, культурным элементом нового мира.

Замкнутость есть смертный грех народов, ибо высший закон истории есть общение. Народ, который должен отвращаться от него, потому что не выносит соприкосновения с чуждой культурой, т.е. воспитания путем истории, такой народ именно поэтому теряет свое право на дальнейшее существование, его погибель приносит пользу миру. Вопрос об усвоении чужих учреждений права не есть вопрос национальности, но просто вопрос пользы, нужды. И в самом деле достаточно только одного взгляда на историю права, чтобы убедиться, что вышеупомянутый закон культуры получил полное приложение и в его области. Как в Греции, так и в Риме существовала вера в принятие чужих учреждений, частью теряющееся во мраке героического времени, частью дошедшее до исторического времени (составление XII таблиц) и можно даже видеть некоторые следы чужих правовых учреждений в позднейшем римском праве. Однако настоящим местом действия для развития этого закона является только новый мир. Здесь оно совершается в таких размерах, что все новейшее образование права становится вследствие этого в самую резкую противоположность с античным и восточным. Двумя полюсами, между которыми колеблется эта противоположность, двумя идеями, разлагающими

всеобщую историю права на две эпохи, являются идеи *национальности* и *всеобщности*. На востоке, в древности, развитие права и на самом деле идет в самом существенном так, как учит Савиньи: изнутри, из недр народной жизни. Напрасно ищем мы на востоке и в древности общности в движении прав различных народов, общего средоточия в праве, общей науки; каждое из этих прав существует и развивается само по себе и для себя независимо от других. Там существует только история *прав*, но нет истории *права*. В новом мире напротив того история права получает высший полет, здесь возносится она по истине до истории *права*. Нити отдельных прав не бегут более рядом, не соприкасаясь друг с другом, но перекрещиваются, соединяются в одну ткань, для которой римское и каноническое право образуют первоначальное общее основание. Оба эти права выдаются над бесчисленным множеством отдельных источников права, как два могущественные центральные пункта и соединяют практику и науку самых различных народностей для общности действия. Идея всеобщности, как она всплыла для тогдашнего мира прежде всего в образе римского права, заключала для юристов нечто опьяняющее.

Но римское и каноническое право отнюдь не указывают пределов этой общности. Рядом с ними и вне их выступает в перемежающемся порядке целое множество учреждений, вопросов и задач, которые равным образом приводят народы к общему – мышлению и делу: ленная система, вексельное, торговое и морское право; вопросы уголовного права: отмена пытки, смертной казни, суды присяжных; уничтожение крепостного права; вопросы социальные, политические, вопросы церковного и международного права – кто мог бы все их перечислить.

История права проложила со времен средних веков совершенно новые пути и стремится к другим и более высоким целям, чем в древности. Идея *всеобщности* определяет ее характер и служит лозунгом современного периода права. Естественное право не стояло вне времени и не игнорировало данных обстоятельств, и было в действительности только идеализацией существующего порядка, попыткой научно передать и обосновать действительность всеобщности и всемирности нового права. Пока наука не решится поставить принцип всеобщности наравне с принципом национальности, до тех пор она не будет в состоянии ни понять того мира, в котором она сама живет, ни обосновать научным образом уже свершившееся усвоение римского права. Формальное единство науки, к которому была приведена большая часть Европы общностью одного и того же уложения, – униженное, недостойное науки положение! Но от нее самой зависит перейти эти границы и обеспечить за собою на все последующие времена в другой форме – в форме сравнительного правоведения характер всемирности, который она так долга имела.

Сомневаться в том, что изучение римского права делается лишним, может только тот, кто считает новые народы осужденными на вечное научное несовершеннолетие в области *права*. *Путем римского права, но превзойдя его, вон от него* – вот девиз, в котором для меня заключается значение римского права для нового мира. Проницательный глаз для отыскания того, что необходимо было для жизни, искусная и опытная рука в выборе верных средств, открытое ухо для требований правосудия и справедливости, мужество не поддаваться на приманки последовательности, где она становилась в противоречие с реальными интересами – вот качества, имеющие не менее веса, чем простой разлагающий разум юристов и навык их руки в действовании. Даже Савиньи не заставит нас поверить,

что бы мы когда-нибудь приняли римское право, если бы эти качества в связи с чисто формальным юридическим искусством не доставили бы ему такой степени материальной приспособляемости, которая сделала его годным для реальных потребностей требований нового мира.

В той же мере, в какой всеобщее учение о природе права подвинется вперед путем философии права и опытного сравнения и обогатится новыми идеями и точками зрения, в той же мере расширится и знание истинного существа римского права.

Вопросы и задания

Ознакомившись с отрывком из монографии Р. Иеринга «Дух римского права на различных ступенях его развития», ответьте на данные ниже вопросы.

1. В чем, по мнению автора, состоит историческое значение Римской цивилизации?
2. В чем Р. Иеринг видит значение римского права в исторической ретроспективе и применительно к современности?

КРОСС Р. Прецедент в английском праве

Пер. с англ. Т.В. Апаровой. М.: Юридическая литература, 1985. Под общей ред. Ф.М. Решетникова
(Извлечения)

I. АНГЛИЙСКАЯ ДОКТРИНА ПРЕЦЕДЕНТА 1. Вводные положения

Основной принцип, который должен соблюдаться при отправлении правосудия, состоит в том, что сходные дела разрешаются сходным образом. В Англии же доктрина прецедента отличается сугубо принудительным характером. Нередко английские судьи обязаны следовать более раннему решению даже в тех случаях, когда имеются достаточно убедительные доводы, которые в иных обстоятельствах позволили бы не делать этого. «Прецедентное» право состоит из норм и принципов, созданных и применяемых судьями в процессе вынесения ими решения. В системе, основанной на прецедентном праве, судья при рассмотрении последнего по времени дела *обязан* принимать во внимание эти нормы и принципы, в то время как в некоторых других правовых системах они служат всего лишь материалом, который судья *может* учитывать при вынесении собственного решения.

В связи с тем, что в Англии полнее, чем где-либо, соблюдается суверенитет парламента, можно было бы подумать, что строгость доктрины прецедента здесь не имеет особо существенного значения, поскольку любые результаты неудовлетворительного применения прецедентного права могут быть ликвидированы законодательством, однако законы подобного рода нередко проходят медленно и трудно. Довольно часто рекомендации королевских комиссий и комитетов по пересмотру права, направленные на улучшение положения, созданного прецедентным правом, игнорируются парламентом под тем предлогом, что на их рассмотрение будто бы не хватает времени.

Представляется, что в будущем число подобных примеров уменьшится, так как теперь у нас есть несколько очень важных органов, занимающихся реформой права: знаменитый Комитет по реформе гражданского права, который рассматривает вопросы, порученные ему с этой целью лордом-канцлером; Комитет по пересмотру уголовного права, имеющий дело с вопросами, передаваемыми ему министром внутренних дел; и самый важный орган – Комиссия по реформе права. Эта комиссия была учреждена в 1965 году специальным законом, возложившим на нее задачу пересмотра права с точки зрения его сис-

тематического усовершенствования и реформы, включая, в частности, кодификацию. Когда ее работа закончится составлением кодексов по наиболее важным отраслям права, то соответствующим образом ослабнет и роль прецедентного права.

Правила применения прецедента

Правила применения прецедента зависят от практики судов, а она довольно переменчива. Появились очевидные признаки послаблений, результатом которых стало чрезвычайно важное заявление по вопросам практики, сделанное лордом-канцлером в 1966 году. В нем говорилось, что хотя Палата лордов по-прежнему будет считать свои прежние решения обязательными для себя, она вправе изменить практику, отступив от прежнего решения, когда сочтет это необходимым. В течение всего XIX века Палата считала себя безусловно связанной своими прежними решениями.

В настоящее время английская доктрина прецедента находится в состоянии почти непрерывного изменения, но, как представляется, она сохраняет три постоянные черты: уважение к отдельно взятому решению одного из высших судов; признание того, что решение такого суда является убеждающим прецедентом для судов, стоящих выше него по иерархии; отдельное решение рассматривается всегда как обязательный прецедент для нижестоящих судов.

Иерархия судов

Начнем с судов по гражданским делам. Основание их иерархии составляют суды графств и магистратские суды с ограниченной юрисдикцией в отношении дел, рассматриваемых по первой инстанции. Далее идет Высокий суд. Его судьи наделены неограниченной юрисдикцией в отношении таких же дел. Апелляционные присутствия, входящие в состав Высокого суда, обладают ограниченной апелляционной юрисдикцией и рассматривают в первой инстанции некоторые специальные ходатайства. Следующий по иерархии в системе гражданских судов – Апелляционный суд (отделение по гражданским делам), который слушает апелляции на решения судов графств и Высокого суда. И, наконец, Палата лордов, куда поступают апелляции на постановления Апелляционного суда Англии, Суда сессий Шотландии и Апелляционного суда Северной Ирландии.

По уголовным делам первой инстанции значительная суммарная юрисдикция принадлежит магистратским судам. Лицо, осужденное одним из них, имеет право на апелляцию в Суд Короны, но самую значительную апелляционную и надзорную деятельность в отношении суммарной юрисдикции осуществляют апелляционные присутствия Отделения королевской скамьи Высокого суда. Рассмотрением дел по обвинительным актам занимается Суд Короны. Лицо, осужденное на основании обвинительного акта, может подать жалобу в Апелляционный суд (отделение по уголовным делам), а затем в Палату лордов.

Судья, который пренебрег своей обязанностью относиться с уважением к прецедентному праву, будет подвергнут самому недвусмысленному воздействию, и если подобное пренебрежение станет когда-либо общепринятым в английской правовой системе, наступит революция широчайшего масштаба.

3. Сравнение с Францией

Правовые системы Западной Европы, безусловно, имеют существенные различия, но для обсуждаемой нами темы за типичный образец может быть принята Франция. С точки зрения строгой теории права во Франции вообще отсутствует прецедентное право. Считается, что гражданский и уголовный кодексы теоретически охватывают любую правовую ситуацию, с которой сталкиваются обычные суды. Статья 5 Гражданского кодекса запрещает судье своим решением устанавливать общие нормы, а французский апелляционный суд может отвергнуть правоположение, опирающееся лишь на прошлое решение, по той причине, что это правоположение не имеет надлежащего законного обоснования.

Тем не менее существует вполне солидный свод норм прецедентного права, относящийся к толкованию кодексов и решению вопросов, на которые фактически нет ответа в законодательстве. Более того, не кодифицированы нормы административного права, которыми руководствуется Государственный совет, не входящий в число обычных судов и основывающий свои решения главным образом на прецедентах.

С точки зрения судебной практики наиболее существенное различие между английской и французской судебной практикой заключается в том, что французский судья не считает себя обязанным следовать раннему решению какого-либо суда по отдельно взятому случаю. Он старается выяснить, в каком направлении в данный период решается судами тот или иной вопрос. Различия во французском и английском подходах к доктрине прецедента объясняются по меньшей мере тремя причинами: некогда английские судьи гораздо острее, чем большинство судей на континенте, почувствовали необходимость определенности в праве; иерархия английских судов отличается значительной централизацией; положение судей в этих двух странах различно.

Иерархия судов во Франции

Организация судебной системы во Франции обусловлена делением страны на департаменты. Для разбирательства гражданских дел в каждом департаменте существует суд первой инстанции и апелляционный суд. Суд первой инстанции одного департамента не связан ни своими предыдущими решениями, ни решениями суда первой инстанции другого департамента, так же как и более ранними решениями апелляционного суда своего либо другого департамента. Апелляционные суды не обязаны следовать своим прежним решениям или апелляционным решениям судов других департаментов. Жалобы на их решения по вопросу права слушает Кассационный суд в Париже. Теоретически этот орган не связан своими собственными прежними решениями, и суды департаментов не обязаны следовать кассационному решению, вынесенному ранее по отдельно взятому делу. После рассмотрения какой-либо тяжбы Кассационный суд может отправить дело для пересмотра в апелляционный суд департамента, расположенного по соседству с тем, откуда поступила жалоба. Если дело вновь попадает в Кассационный суд, то он имеет право рассмотреть его окончательно, а не передавать со своими указаниями в апелляционный суд другого департамента.

Уголовные дела по наиболее серьезным преступлениям разбирают ассизские суды департаментов, приговоры которых можно обжаловать в Кассационный суд только по вопросу права, а тот может вынести постановление о новом судебном разбирательстве. Подобная судебная децентрализация

препятствует развитию доктрины прецедента во Франции в том ее жестком виде, какой существует у нас.

Разница в положении судей

Французский судья занимает совсем иное положение, нежели его английский коллега. Во-первых, в наших высших судах гораздо меньше судей; во-вторых, французский судейский штат пополняется, в отличие от нашего, не за счет адвокатского сословия, а за счет чиновников гражданской службы; и в-третьих, среди французских судей много сравнительно молодых людей без достаточного опыта работы. Избирая судебную карьеру, они поступают на службу в министерство юстиции и спустя некоторое время, не намного превышающее период стажировки, становятся младшими судьями в судах небольших департаментов. В результате получается, что во Франции положение судьи не столь высоко, как в Англии; в целом будет правильным предположить, что именно это обстоятельство объясняет, почему к прецедентному праву в Англии относятся с большим уважением, чем на континенте. Еще важнее то обстоятельство, что английские судьи являются создателями английского права.

Кроме того, трудно установить правило, по которому отдельно взятого решения апелляционного суда было бы достаточно для того, чтобы оно стало обязательным прецедентом, если число апелляций неисчислимо множество. Несмотря на явные теоретические различия между английским и французским подходами к прецедентному праву эти две системы имеют гораздо больше общих черт, чем можно было бы предположить. Во-первых, французские судьи и французские авторы относятся с очень большим уважением ко всем прошлым решениям Кассационного суда. Во-вторых, способ интерпретации прецедента английскими судьями напоминает подход к правовым проблемам, который характерен и для французских судей.

4. Отличие от США

Хотя порядок вынесения решений в американских судах путем подробного обсуждения прецедентов ближе к английскому, чем к континентальному, Верховный суд США и апелляционные суды штатов не считают себя безусловно связанными своими прошлыми решениями. Во многих случаях (а по мнению некоторых американских юристов, и в слишком многих) Верховный суд отвергал прецеденты.

В силу изменившейся практики Палаты лордов английские правила применения прецедента стали сближаться с американскими, однако по двум причинам последние должны будут сохранить свою неопределенность. Эти причины – сложившееся исторически множество изолированных юрисдикций отдельных штатов и сравнительно частое обращение американских судов к рассмотрению важных конституционных вопросов. Множественность юрисдикции порождает многочисленные судебные отчеты, что в свою очередь влияет на преподавание права и ведет к составлению «частных кодификаций» по различным сферам права. Американские судьи, которые обучались по методу «обращения к практике» и знакомились с частными кодификациями, склонны концентрировать свое внимание на текущих потребностях, в какой-то степени напоминая этим французских судей.

При толковании писаной конституции судом основное внимание обращается на термины, которыми пользовались ее составители, а нормы прецедентного права, разъясняющие значение этих терминов, играют вспомогательную роль. Жесткое правило соблюдения прецедента не подходит к толкованию

конституции, которая должна отвечать меняющимся обстоятельствам жизни общества и государственной политики.

5. Отличие от Шотландии

Различия в применении доктрины прецедента к северу и к югу от Твида можно объяснить коллегиальной природой Суда сессий – Верховного суда Шотландии по гражданским делам. В его Внешней палате судьи (ординарные лорды) рассматривают дела в первой инстанции, а апелляции на их решения поступают во Внутреннюю палату. Ординарные лорды обязаны принимать во внимание прежние решения Внутренней палаты. Ее судьи заседают по отделениям, и вопрос о необходимости непременно следовать решению другого отделения представляется дискуссионным. Ординарные лорды не связаны решениями друг друга, и, во всяком случае теоретически, их решения не связывают шерифов, возглавляющих низшее звено судов шотландской судебной системы. В Палату лордов из Шотландии поступают апелляции только по гражданским делам, и принятые ею в этих случаях решения обязательны для шотландских судов. Если не строго теоретически, то практически они обязательны для судов Англии (стоящих ниже Палаты лордов) в случаях, когда затронутые в них правовые нормы идентичны в обеих странах.

6. Отличие от стран Содружества

Судебный комитет Тайного совета всегда выполнял роль суда последней инстанции по рассмотрению апелляций на решения судов стран Содружества, расположенных за пределами Соединенного королевства. Какая бы апелляция ни рассматривалась, он никогда не считал себя безусловно связанным своими прошлыми решениями. Для английских судов решения Тайного совета имеют силу прецедента лишь убеждающего действия. В некоторых странах, включая Канаду и Австралию (в части, касающейся Высокого суда Австралии), право подачи апелляции в Судебный комитет Тайного совета аннулировано.

V. ПРЕЦЕДЕНТ КАК ИСТОЧНИК ПРАВА

Выражение «источники права» обычно понимается по-разному. Прежде всего – как литературные источники, подлинные документальные источники наших сведений о нормах права. В этом смысле источниками права являются судебные отчеты, а учебники, относящиеся, например, к деликтам или договорам, или частные собрания прецедентов попадают в категорию юридической литературы. Следующими надо назвать исторические источники права – оригинальные, производные или непосредственные, – из которых правовая норма берет свое историческое содержание. В этом смысле источниками права являются труды Брактона и Кока, а также работы других крупных английских юристов, поскольку они формулировали нормы, воплотившиеся теперь в судебных решениях и парламентских актах. Сюда можно отнести также римское право и средневековые обычаи, ибо некоторые отрасли нашего права, применяемые теперь к решениям конкретных дел и статутным положениям, восходят к нормам римского права, а значительная часть английского земельного права ведет свое начало от феодальных обычаев. Этот смысл фразы «источники права» может быть распространен на все, что имеет отношение к существованию юридической нормы с точки зрения причинной связи. Его, с одной стороны, можно распространить на непосредственных авторов правовых

норм, каковыми являются королева в парламенте или королевские судьи. С другой стороны, он может охватывать такие понятия, как общественное мнение, нравственные принципы и даже тот интуитивный судебный отбор, который некоторые американские реалисты считают истинной сутью зрелой науки о праве.

В период раннего средневековья общее право состояло из обычаев, соблюдаемых всеми англичанами, отчего и произошло название «общее». Во многих случаях судьи обращались к обычаям, о существовании и характере которых они были хорошо осведомлены, но всеобщие обычаи, которые уже давно воплощены в судебных решениях, «стали единственными источниками современного общего» права в отличие от статутного.

Современным судам иногда приходится рассматривать местные обычаи отдельных частей королевства. Обычаи такого рода, как правило, умаляют значение общего права. Они, собственно, разрешают то, что общее право запрещает. Суды соглашаются придать законную силу местному обычаю при условии, что он отвечает некоторым требованиям, сложившимся в течение четырех или пяти столетий существования прецедентного права, обычай должен быть разумным, не противоречить закону, быть установленным не посредством силы или разрешения. Принцип разумности относительно обычая толкуется судьями как вопрос права, который нередко требует ссылок на прецеденты для того, чтобы определить, «что есть разумность». В современной Англии местный обычай имеет силу закона до придания ему судами юридической силы, его тем не менее следует считать источником, подчиненным прецеденту. Этот вид производности или подчиненности понимается в ином смысле, нежели подчиненность прецедента законодательству. Такая производность зависит от прецедентного права, поскольку суды осуществляют определенный контроль за нормами обычного права, решая вопрос их разумности.

Подчиненность прецедента законодательству основана на том факте, что закон всегда может отменить результат судебного решения. В этом смысле обычай также подчинен законодательству, поскольку закон может сделать его недействительным, однако весьма сомнительно, чтобы в таком же смысле конкретный обычай был подчинен прецеденту. Различие между подчиненностью по источнику происхождения и подчиненностью по принципу права на отмену имеет важное значение для формулировки конечных принципов правовой системы. Что касается английской системы, то так же как прецедент зависит от законодательства по той лишь причине, что результаты судебного решения могут быть аннулированы законом, так правило, относящееся к действительности прецедента, должно быть истолковано в качестве конечного принципа. Эта линия рассуждений не имеет отношения к правилам действительности местного обычая, ибо они выводятся из прецедентов, хотя, вероятно, не могут быть аннулированы судебным решением.

В своей известной статье Роскоу Паунд назвал четыре возможных варианта отношения судов к появлению нового закона. Они могут:

1) целиком включить его в совокупность правовых норм, имея возможность применять его не только как норму, но и как принцип, которым она была обоснована, и признать его в качестве самого

последнего и самого прямого выражения общей воли – высшего источника нормы прецедентного права по данной теме и более предпочтительного по сравнению с ними основания для применения аналогии;

2) целиком включить его в совокупность правовых норм в качестве основания для применения аналогии в отношении той или иной нормы права, рассматривая его в качестве равного или параллельного нормам прецедентного права источника по данной теме;

3) не включить его в совокупность правовых норм и придать ему силу только для прямого использования; не применять его при рассуждении по аналогии, но тем не менее дать ему произвольную интерпретацию, подходящую целиком для всех необходимых случаев;

4) не только отказаться применять его по аналогии или непосредственно, но и истолковывать его в таком жестком и узком смысле, чтобы он относился строго и исключительно лишь к тем делам, которые прямо под него подпадают.

Паунд написал свою статью еще в 1907 году, и имел он в виду США. Что касается английской правовой системы, то трудно сказать, применялась ли в обозримое время вторая или даже первая из гипотез.

Терминами одного статутного положения можно воспользоваться при толковании другого статутного положения. В Англии новое законодательство целиком включается в совокупность правовых норм, чтобы применять его по аналогии, так же как и любую другую правовую норму.

Вопросы и задания

Ознакомившись с отрывком из монографии Р. Кросса «Прецедент в английском праве», ответьте на данные ниже вопросы и выполните задания.

1. Опираясь на текст, ответьте: в чем состоит специфика английского прецедентного права?

2. Каковы, по мнению автора, основные тенденции в изменении английской доктрины прецедента?

Свой ответ подтвердите цитатами из текста.

3. Можно ли выделить основополагающие, неизменные столпы, на которых зиждется доктрина английского прецедента? Назовите их.

4. На основе текста составьте схематичное изображение иерархии судов по гражданским и уголовным делам Англии и Франции.

5. Используя текст, приведите аргументы в пользу существования во Франции прецедентного права.

6. В чём состоит принципиальное различие английской и французской судебной практики? В чем Р. Кросс видит причины этого различия?

7. Определив предварительно критерии для сравнения, составьте сравнительную таблицу, отражающую положение английского прецедента и ситуацию во Франции, США, Шотландии, странах Содружества. Заполните таблицу. Сделайте вывод об общих и специфических чертах правовых систем этих стран.

8. По мнению Р. Кросса наблюдается сближение правил применения прецедента в Англии и США. Однако автор полагает, что в США они будут сохранять свою неопределенность. Назовите основные причины такого положения вещей.

9. Что можно отнести к источникам права в самом широком смысле этого слова, по мнению автора? Охарактеризуйте исторический путь такого источника права как обычай. Каково значение правового обычая как источника права в правовой системе Англии?

Н. В. Володина Правовые системы государственно-конфессиональных отношений. М., 2009

Глава 3. ИУДЕЙСКАЯ ГОСУДАРСТВЕННО-ПРАВОВАЯ СИСТЕМА

У некоторых современных народов мира сохранились национальные религии, каждая из которых соотносится с определенным этносом и существует в основном в границах конкретного государства, а также в общинах национальной диаспоры.

За длительную историю своего существования национальные религии претерпели значительную эволюцию и в настоящее время сильно отличаются от тех родоплеменных культов, откуда они берут истоки. Иудаизм – это не только религия еврейского народа, а свод Законов, регламентирующих практически все стороны жизни последователей этого учения. Иудаизм является законом, по мнению иудеев. Эта религия находит выражение в книгах Ветхого Завета, которые именуются Тонах, – три согласные в этом слове означают Тора (Пятикнижие). Слово «тора» на иврите означает «теория» или «концепция».

Монотеистические представления древних евреев складывались в течение продолжительного исторического периода (XIX–II вв. до н. э.), получившего наименование библейского и включившего в себя так называемую эпоху патриархов еврейского народа – Авраама, Исаака и Иакова. Их религиозные воззрения основывались на идее, согласно которой глава рода устанавливает личную связь (завет) с Богом своих отцов – покровителем рода (генотеизм). Формирование иудаизма происходило в условиях непрекращающейся борьбы с языческими культурами. В связи с этим огромное значение для утверждения иудаистского монотеизма имела религиозная реформа иудейского царя Иосии (правил в 639–609 гг. до н. э.). Он провел централизацию культа вокруг Иерусалимского храма и ликвидировал политеистические культовые центры.

В послевавилонскую эпоху в результате деятельности законоучителей Ездры и Нехемии (около 444 года до н. э.) еврейский народ утверждается в качестве строго теократической замкнутой общины, обособленной от окружающего мира. Это нашло отражение в этническом изоляционизме, т. е. принципиальном отказе от смешанных браков, а также в бытовом и экономическом сепаратизме.

Период истории иудаизма со II века до н. э. по VI век н. э. получил название *талмудического*. Наиболее полный Вавилонский Талмуд содержит 613 установлений – систему предписаний. Период VI – XVIII вв. именуется *раввинистическим*. Рассеяние евреев по странам Старого Света (Европа, Азия, Африка), а с XVII – XVIII вв. – и Нового Света (Америка) привело к образованию большого числа еврейских общин. Они обладали внутренней автономией и возглавлялись раввинами (от др.-евр. «рабби» – «мой учитель»). На существование еврейских национально-религиозных общин постоянное воздействие оказывал фактор антисемитизма – враждебного отношения к евреям как к низшей и порочной расе, способной лишь к нанесению ущерба иным народам. Отрицательное отношение древних иудеев к другим религиям вызвало ответную реакцию представителей иных верований.

Зародившись еще в Древнем Риме, антисемитизм в средневековой Европе принял религиозную форму: утверждалась враждебность иудейской религии христианству и христианской цивилизации. *Новый период* истории еврейства и иудаизма наступил в конце XVIII века. Он характеризуется политической эмансипацией европейских евреев в результате событий Великой французской революции 1789 – 1794 гг. и последовавшим за этим разрушением «средневековой изоляции» иудейских общин, на которые распространяли свое действие юридические акты о свободе вероисповедания.

В еврейской среде зародилось движение, получившее название *хаскалы* (просвещение), у истоков которого стоял Мозес Мендельсон (1729 – 1786) из Германии. Одновременно развернулась кампания за ослабление ритуальных предписаний и запретов и внешнее сближение иудаистского богослужения с христианско-протестантским (реформированный иудаизм). Реформированные евреи обычно проявляют патриотизм по отношению к стране, в которой живут, и рассматривают Мессию скорее как идеал всеобщего признания Бога, чем как человека, который восстановит господство народа Израиля. К концу XIX века сформировалось национально-политическое течение, ставящее целью воссоздание еврейского государства на исторической родине еврейского народа – Палестине, получившее наименование сионизма (от названия холма Сион, на котором расположен Иерусалим). Его основоположником стал автор книги «Еврейское государство» Теодор Герцль (1860 – 1904).

В 1897 году состоялся I Всемирный сионистский конгресс, проходивший в Швейцарии, на котором была создана Всемирная сионистская организация. Имевший своими истоками догматику иудаизма об «избранном народе», сионизм тем не менее стал явлением светской политической жизни. В его рамках сложились самые разнообразные идейные течения: от религиозно-фундаменталистских до социалистических.

Находясь в определенной взаимосвязи и взаимодействии с другими правовыми системами, иудейское право радикально отличается от них и обладает особым характером. Рассмотрим особенности и черты иудейского права. М. Н. Марченко выделил следующие черты:

1. Эволюция иудейского права происходила длительный период и имела противоречивый характер по сравнению с другими религиозными правовыми системами, сопровождалась многочисленными изменениями и неоднозначными толкованиями норм и принципов соотнесительно с духом того или иного исторического периода.

2. Противоречивый характер этого процесса.

3. Императивный характер иудейского права и преобладание в его системе прямых запретов, требований, всякого рода ограничений и обязанностей по сравнению с правами и свободами субъектов иудейского права. Юридические и религиозные обязанности в системе иудейского права связаны с соблюдением религиозных ритуалов и праздников. В религиозно-правовых источниках особое место уделяется субботе (книга «Исход»). Обязанности иудеев также связаны с жертвоприношениями, ритуалами и строгим соблюдением требований к ним. Жертва-животное «должна быть без порока, мужского пола, из крупного скота, из овец или коз». Жертва должна приноситься только иудеем. В книге «Левит» описан особый запрет на приношение в жертву животного, взятого из рук иноземца.

4. Многофункциональный характер. В правовой системе присутствуют не только регулятивные, воспитательные и другие функции, но и собственные. Отметим объединительную функцию иудейского права, связанную с формированием еврейского сообщества и поддержанием его на протяжении веков духовно-нравственного и религиозного единения. Иудейское право оказывает действенное влияние на современное израильское право. Декларация независимости Израиля (1948) закрепила положение о том, что «Государство Израиль основано на принципах свободы, справедливости и мира в их понимании израильскими пророками».

5. Ограниченный характер прямого регулятивного воздействия иудейского права на израильское общество и распространение его на евреев, проживающих на территории других стран.

Сфера влияния иудейского права на современном этапе – система отношений семейного права. Кроме того, иудейское право регулирует отношения, касающиеся религиозного богослужения и милосердия, вопросы интерпретации религиозных концепций (бракосочетание и развод иностранных евреев и евреев, проживающих в Израиле, иски евреек о *халице* – освобождении от обязанности вступить в брак с братом покойного мужа.). В Израиле не только официально запрещены браки евреев с неевреями, но и затруднено заключение браков между представителями различных направлений в иудаизме. Для того, чтобы подобные браки были признаны и зарегистрированы религиозными советами общин, нееврейская сторона или последователь реформированного или консервативного направления в иудаизме должны принять иудаизм в соответствии с ортодоксальным обрядом, установленным Талмудом. Практически невозможен переход евреев в другое вероисповедание; суровое уголовное наказание предусмотрено для лиц, содействующих такому переходу.

Существует так называемое диетическое право иудейской религии, отражающееся в законодательстве Израиля, согласно которому свиньи являются «грязными животными», запрещенными Торой к употреблению в пищу евреям. В течение многих веков свинья была символом выражения ненависти и презрения христиан к иудеям. Под влиянием иудейских религиозных норм и обычаев в Израиле в 1962 году были приняты законы, запрещающие под угрозой наказания в виде штрафов держать и выращивать свиней. В израильской юридической литературе подчеркивается, что иудейское право не претендует на универсальную или территориальную законность. Оно является персональным правом каждого из евреев, независимо от места их постоянного проживания, гражданства и даже веры.

Иудаизм не формально-юридически, а фактически является официальной религией государства Израиль. Однако иудейское право никогда не отождествлялось со всем израильским правом. В то же время иудейское право считается в формально-юридическом плане светским правом, интегрирующим в себе нормы светского законодательства и нормы религиозного иудейского права. Его придерживаются все верующие евреи. В стране представлены двумя направлениями иудаизма, но они имеют малое количество последователей: караимы (12 тыс. человек) и самариане (лишь 160 человек). Кроме иудеистов в Израиле живут друзы (36 тыс. человек), мусульмане и христиане. Основная масса мусульман – сунниты разных толков. Христианство представлено в Израиле рядом церквей. Наиболее многочисленны католики (56 тыс.), а православные составляют 22 тыс. Имеются также приверженцы епископальной (англиканской по вероучению) церкви (1 тыс.), лютеране, пресвитериане, баптисты,

армяно-григориане (более 1000 человек), последователи монофиситских церквей – коптской (около 1000 человек) и эфиопской.

Иудаизм влияет на государственно-политическую и социальную сферы Израиля. Все вопросы личного статуса граждан решаются судами раввинов, действующими на основе талмудического права. Например, гражданского брака в Израиле не существует. Раввинат играет значительную роль в общественно-политической жизни страны, особенно в области просвещения. Религиозные учебные учреждения составляют 30% всех средних учебных заведений Израиля. В ряде городов (например, в Тель-Авиве, Иерусалиме) в субботу не работает общественный транспорт, аэропорты.

До настоящего времени статус еврейской религии в Израиле не получил законодательного оформления, что связано с разногласиями по вопросу об отношении религии к государству и ее роли в обществе. При изучении общественного мнения установлено, что только 15% взрослого еврейского населения Израиля высказываются в пользу теократического государства, а за секуляризованное государство выступает 30%. Мнения остальных разделились: одни выступают за тесные связи государства и религии, другие предлагают отделение синагоги от государства и школы от церкви. В результате сложилась ситуация, когда в Израиле иудаизм не отделен от государства, как и школа от церкви.

По израильским законам о гражданстве автоматическое его предоставление может иметь место только в отношении еврея. По закону 1970 года евреем признается лицо, родившееся от еврейской матери либо перешедшее в иудаизм и не исповедующее иной религии.

В Израиле действуют раввинский, мусульманский, христианский и друзский религиозные суды. Юрисдикция религиозных судов распространяется на вопросы, связанные с личным статусом граждан (брак, развод, алименты, опекуновство и т. п.). В ряде аспектов юрисдикция религиозных судов совпадает с юрисдикцией окружных судов, кроме усыновления, правопреемства, завещания и наследства. Управление религиозными судами находится в ведении министра по делам религий. Приговоры религиозных судов приводятся в исполнение согласно Закону об исполнении, как и приговоры гражданских судов. Окружной суд по ходатайству генерального прокурора может привести в исполнение приговор раввинского суда путем лишения отказчика свободы, пока тот не согласится выполнить постановление.

В Законе об уголовном праве Израиля (ст. 173 «Оскорбление религиозных чувств») устанавливается уголовная ответственность за распространение материала, определенные действия, которые наносят грубое оскорбление религиозным чувствам других либо оскорбляют их веру. Еврейскими общинно-религиозными учреждениями руководит Верховный раввинат, являющийся одновременно верховным апелляционным раввинским судом. В городах действуют городские раввинаты. При муниципальных и поселковых советах действуют религиозные советы. В их функции входит устройство и содержание *микве* (бассейна для религиозного омовения), оказание материальной помощи синагогам, контроль за соблюдением религиозных правил (*кашрут*) в скотобойных и мясных лавках, ресторанах, гостиницах и т. д. Члены религиозного совета назначаются раз в 4 года муниципалитетом, местным раввином и

Министерством по делам религий. Около 100 *даянов* (судей) заседают в 24 раввинских судах, действующих в десяти городах Израиля.

Разрыв с иудаизмом в любой форме (переход в другую конфессию или выполнение обрядов иной религии при формальном принятии иудаизма) может немедленно отразиться на гражданском статусе человека. Религиозные партии (Национально-религиозная партия, «Агудат Исраэль» и др.) входят в блок правящей коалиции и воздействуют на частную и общественную жизнь граждан. Действующие в Израиле религиозные нормы, касающиеся взаимоотношений между религией и государством, противоречат принципам демократии. В Израиле невозможно осуществить свободу вероисповедания в связи с тем, что в сфере семейного права и других областях действует иудейское (ивритское) право – галаха, входящее в противоречие с общедемократическими ценностями. Галаха отрицает полномочия выборного правительства, суверенитет парламента и приоритет судебных инстанций.

Иудаизм в современной России представлен ортодоксальным иудаизмом, строго следующим традициям Завета, Торы и Талмуда; хадизмом – ортодоксальным направлением; реформированным иудаизмом. Центральными органами ортодоксального иудаизма являются раввинат и Президиум Конгресса еврейских религиозных общин и организаций России (КЕРООР). Существует «Дом сефардских евреев». В настоящее время в России сохранилось единственное направление хасидизма – любавичские хасиды, которые имеют две синагоги в Москве. Число последователей реформированного иудаизма невелико, но, по мнению многих специалистов, у него большое будущее. В России действует представительство еврейской международной культурно-просветительной организации «Хама» и др.

Вопросы и задания

Ознакомившись с отрывком из монографии Н. В. Володиной «Правовые системы государственно-конфессиональных отношений», ответьте на данные ниже вопросы и выполните задания.

1. Сделайте вывод о значении религии и проявлениях её влияния на иудейское право. Свой ответ подтвердите цитатами из текста.
2. Основываясь на прочтенном отрывке и собственных знаниях, дайте характеристику специфическим чертам иудаизма как религии.
3. Проследите исторический путь становления и развития иудаизма, определите его исходные, ключевые положения для каждого периода. Какие факторы оказали решающее влияние на формирование этого религиозного учения?
4. Опираясь на текст, выделите специфические черты иудейского права по сравнению с другими правовыми системами.
5. Можно ли признать тождественными иудейское и израильское право? Свой ответ аргументируйте.
6. Каково влияние иудаизма на государственно-политическую и социальную сферы Израиля? Проиллюстрируйте его примерами.
7. Дайте характеристику судебной системы Израиля.
8. Как представлен иудаизм в Российской Федерации?

Глава 4. ГОСУДАРСТВЕННО-КОНФЕССИОНАЛЬНЫЕ ОТНОШЕНИЯ СТРАН ДАЛЬНЕГО ВОСТОКА И АЗИИ В БУДДИЙСКО-КОНФУЦИАНСКОМ МИРЕ

Буддизм – самая древняя религиозная идеология. Он возник в VI веке до н. э. и за две с половиной тысячи лет прошел долгий путь. В I веке н. э. в буддизме произошел раскол и образовались две ветви: махаяна («широкий путь спасения») и хинаяна («узкий путь спасения»). Это разделение вызвано различиями в социально-политических условиях жизни в отдельных частях Индии. Хинаяна, тесно связанная с ранним буддизмом, получила распространение на Цейлоне, а позже – в странах Юго-Восточной Азии. Махаяна исходит из возможности спасения мирян, причем упор сделан на активную проповедническую деятельность, на вмешательство в общественную и государственную жизнь.

Существовало и третье направление буддизма, которое сформировалось в середине первого тысячелетия, – это учение буддийского тантризма, или ваджраяны («алмазная колесница»). Наибольшей популярностью это направление пользуется в Тибете. Начиная с I века н. э. буддизм проникает в Китай и к XI веку достигает наивысшего расцвета. Наиболее самобытное направление буддизма в Китае – чань-буддизм. Распространяясь в Китае, буддизм испытал сильное влияние идей даосизма и традиционного китайского рационализма и прагматизма. Школа чань-буддизма получила широкое распространение в средневековой Японии, где называлась дзен-буддизм. Здесь возникло множество направлений японского буддизма, среди которых известны сото и риндзай. В XII – XV вв. оформилась тибетская разновидность буддизма – ламаизм. В настоящее время насчитывается около 250 млн приверженцев буддийского мировоззрения. В Индии, откуда оно произошло, буддисты составляют не более 1% населения. Буддизм продолжает увеличивать количество своих последователей в тех странах, где наблюдается демографический рост (Шри-Ланка, Бирма, Таиланд). Однако в последнее время буддийская духовность вызывает значительный интерес в государствах Запада.

Существует два основных буддийских способа легитимации властных отношений: рационально-этический и иррационально-милленаристский. При рационально-этическом способе буддизм является идеологией порядка и стабильности государства, а при иррационально-милленаристском вырабатывается при определенных обстоятельствах идеология протеста. На практике оба способа тесно переплетаются. Взаимоотношения между государством и буддизмом обусловлены двумя факторами: социально-экономическим и идеологическим. Государство, покровительствуя буддизму, способствует материальному укреплению общины (сангхи). Высшее духовенство входит в состав правящей элиты. Одновременно светская власть способствует распространению буддизма среди широких масс населения, следит за исполнением этических и культовых предписаний. Догматические положения буддизма доказывают правомерность союза с государством и претендуют на роль духовного руководителя общества (учение о теократическом государстве). Будда осуществляет власть над умами людей с помощью дхармы (учения), царь воплощает дхарму в реальной жизни государства с помощью власти.

В буддийских странах концепция чакравартина (всемирного правителя, который вращает колесо власти) тесно связана с концепцией кармы (законом воздаяния за сознательные добродетельные или недобродетельные поступки) и законом «взаимозависимого существования», согласно которым поступки человека обуславливают его дальнейшее перерождение. В буддийских государствах над правителем нет «божественной власти», правитель считался главным религиозным авторитетом.

Власть монарха или императора концентрирует в себе всю энергию социальных связей, которая наделяется особой харизмой и сакрализуется. Согласно буддийской догматике это предъявляет царю значительные моральные требования. В джатаках (сказаниях о жизни Будды, входящих в состав Палийского канона) отмечены требования и нормы морали в виде «десяти царских заповедей». Вместе с тем власть не может быть ненасильственной, поэтому война и насилие оправдываются и обосновываются в буддийском каноне следующим образом: ведение войн оправдывается «защитой буддизма», пролитая на войне кровь компенсируется щедрым подаянием буддийским монастырям, строительством новых храмов. Карма царя, который совершил насилие, должна быть очищена и таким образом сбалансирована его религиозными заслугами.

История буддизма признавала два типа царей – царя-праведника и царя-воина. Однако со времен царствования в Индии царя Ашоки предпочтение отдавалось царю-праведнику, правящему с помощью дхармы и завоевывающему мир дхармой (это отмечалось в знаменитых эдиктах царя Ашоки). По буддийским представлениям первоначальная земная гармония разрушена человеческими страстями, обусловленными жаждой жизни, непониманием истинной сущности вещей, незнанием (авидьей). Чтобы установить мир и порядок, люди избирают правителя в результате «общественного договора». Однако власть получает правитель, обладающий харизмой, добродетелями, благородством и силой. Таким образом, буддийское государство оказывается коллективным предприятием по всеобщему спасению в буддийском понимании, а царь – гарант успеха на этом пути. «Социальный договор» в таком контексте уступает место убеждению, что цель государства – чисто религиозная, а порядок и благополучие подданных – лишь условия достижения в конечном итоге нирваны. «Иссякание» кармической энергии неизбежно приводит к падению власти. Свергнутый монарх с точки зрения буддизма либо имел дурную карму, либо не увеличил заслуг своими деяниями. В чиновнике государственного аппарата ценятся не чин или ранг, а его нравственные качества и взаимоотношения с вышестоящим патроном и нижестоящим служащим.

Буддийская политическая программа включает две линии – моральное государство благоденствия и деспотический произвол. Промежуточной концепцией является концепция бодхисаттвы, выражающая протест и эсхатологическое ожидание прихода Будды Майтреи. Это наиболее радикальная концепция, отвергающая современный властный порядок и требующая построения «земного рая» или немедленной нирваны. Ликвидация монархий (кроме Таиланда) нанесла удар по основам буддийской концепции государства. Однако монархический принцип в силу традиции стал проникать в постмонархические режимы после обретения независимости в Лаосе, Камбодже, Мьянме, Шри-Ланке.

Предрасположенность буддизма к демократическим принципам обосновывалась установками буддизма, организацией и структурой ранней буддийской общины, в которой монахи объединялись под руководством духовного лидера – гуру, превосходящего всех ученостью и святостью.

Все буддийские демократии XX–XXI вв. носят патерналистский характер. Парламент рассматривается как всеобщая ассамблея подданных, о благе которых заботится государство благоденствия. Выборы расцениваются как выражение лояльности электората своим патронам на всех уровнях. Лидер обладает харизматическими чертами для праведного правителя. В Таиланде с ростом

политических партий оформилась их статусная иерархия. У избирателей наиболее популярной считается правительственная партия, доказавшая свое моральное право на власть.

Парадоксально, но кармическая концепция отрицает идею изначального равенства людей, поскольку человек не волен знать о своих поступках в предыдущем рождении, а его нынешнее положение предопределено законом кармы. Таким образом, демократия приобретает в буддийских странах своеобразный традиционный оттенок. Буддийская концепция личных заслуг и патрон-клиентных отношений в социальной сфере смягчает иерархическую структуру бюрократического аппарата, вносит мобильность в иерархию.

Япония. Буддизм в Японии с VII века до конца XVII века являлся государственной идеологией. В ряде школ японского буддизма (Тэндай, Нитирэн) разрабатывались концепции буддийского государства. В работах Сайте – главного идеолога школы Тэндай предложена концепция государственной сангхи, которая должна быть свободна от гражданских институтов власти. Государство, построенное по буддийскому принципу, именовалось «умиротворенным» или «защищенным»; это государство, в котором мир и порядок распространялись не только на отдельного человека, но и на все его окружение (социальное и природное). Особый акцент делался на «Сутре Лотоса», провозгласившей тезис о всеобщем спасении. Знанием спасения наряду с буддами обладает бодхисаттва-монах, одной из прерогатив которого было окропление головы императора во время коронации. Главной задачей бодхисаттвы-монаха было спасение государства. Императору в этой концепции отводилась подчиненная роль – императорская власть в Японии была минимальной, он являлся символом Японии, потомком богини Аматэрасу. Государством фактически правила высшая военно-феодалная верхушка (сегунат). В критические моменты истории император часто постригался в монахи и правил из монастыря, хотя его династия считалась непрерывной. В концепции Сайте предполагалась тесная связь представителей государства и бодхисаттв-монахов, причем решающая роль отводилась последним. Монахи школы Тэндай являлись советниками правительственных чиновников на всех уровнях. Светская власть противопоставлялась духовной как несовершенная совершенной. Учение Тэндай пользовалось значительной поддержкой государства.

В 1868 году свершилась антифеодалная революция, а при осуществлении реформ был использован опыт европейцев. Вначале за образец было взято французское право. В 1880 году приняты Уголовный кодекс и Закон об уголовной процедуре. Однако система наказания сохранила дух устрашения и возмездия, предусматривалось девятнадцать видов наказания. Были заимствованы и некоторые положения из старояпонского права, например, об обязательном смягчении наказания в случае явки с повинной. Это положение распространялось почти на все составы преступлений. Под влиянием французского права возникли сильные настроения в пользу восприятия уголовно-процессуального права Нового времени. Эта тенденция постепенно реализовалась в виде запрета пыток. На этапе упрочения новой правовой идеологии в теории государства и права усиливается влияние германских правовых школ. Конституция 1889 года носила отпечаток германской конституции. Новый Гражданский кодекс, введенный в действие в 1898 году, учитывал германское, французское и традиционное японское право. В современной Японии складывается система светского государства в

сфере государственно-конфессиональных отношений. В стране существуют две основные религии – синтоизм и буддизм. Как и в Китае, главные религии тесно переплетаются. По официальным данным, синтоизм имеет 117 млн приверженцев, а буддизм – 90 млн. Общая численность последователей двух религий значительно превышает численность населения всей Японии, так как японцы посещают одновременно синтоистские и буддийские храмы. По конституции 1947 года провозглашена свобода религий, свобода мысли и совести. В ней отмечается, что ни одна из религиозных организаций не должна получать от государства никаких привилегий и не может пользоваться политической властью. Отделение церкви от государства стало возможным после обращения императора к народу, опубликованного 1 января 1946 г., где император отрекся от своей «божественности». Этот новогодний манифест получил название «Заявление императора о его человеческой сущности» и автоматически провозглашал светский характер образования.

События, связанные с деятельностью «АумСинрикё», привели к изменениям в системе отношений государства и религиозных структур. В январе 1999 года парламент принял два новых законопроекта. Эти законы призваны увеличить государственный экономический и силовой контроль за деятельностью деструктивных организаций, отмеченных фактами массовых убийств (самоубийств) за последние 10 лет. Плюрализм в государственно-конфессиональной сфере в Японии обладает уникальными чертами, свойственными только японскому обществу.

Южная Корея. Эту страну называют всемирным религиозным заповедником или «религиозным рынком». Бурный рост религиозной и культовой деятельности начался после освобождения южной части полуострова и принятия конституции в июле 1948 года, обеспечивающей свободу вероисповедания. Фактическую силу религиозный плюрализм начал набирать после 1960 года, когда успехи экономического развития привели к заметному повышению жизненного уровня населения страны.

Южная Корея на протяжении десятилетий (до конца 1980-х годов) относилась к числу стран с жестким авторитарным политическим режимом. Олицетворением такого режима выступали военные правители Кореи. Однако сильное и жестко осуществляющее свою власть государство, опиравшееся на однопартийную систему с ограниченными прерогативами парламента и с президентским правлением, вполне активно проводило в жизнь демократические преобразования американского образца. К этим преобразованиям относилось и провозглашение свободы вероисповедания и религиозного плюрализма.

В Корее наблюдался бурный рост религиозных образований. Жесткая политическая обстановка и одновременно демократические реформы стали основой своеобразного феномена быстрого распространения новых религиозных объединений при абсолютном невмешательстве со стороны государственной власти, но активной протекции со стороны конкретных государственных лиц в отношении некоторых традиционных направлений. Так, эпохой второго возрождения буддизма можно назвать годы Правления президента Пак Чжон Хи, который, в отличие от прежних проамериканских политиков – христиан-протестантов, был последователем буддизма. Без исправлений конституции страны, он провозгласил лозунг «национального возрождения», что открыло перед буддизмом широкие перспективы. С 1976 года правительство утвердило в качестве национального праздника день рождения

Будды, соединив его с «праздником фонарей». Если к середине 1960-х годов количество сторонников этой религии составляло около 3% от всего населения страны, то к настоящему времени этот показатель возрос в десятки раз, и буддисты составляют самую большую религиозную общность страны. В Республике Корея создана Национальная комиссия по правам человека в составе 11 человек, чьи полномочия утверждены 25 ноября 2001 г. в соответствии со Всеобщей декларацией прав человека (1948).

Тибет. Теократическое государство сформировалось в Тибете в XVII веке во главе с духовным и светским правителем – далай-ламой (глава буддийской общины на государственном уровне). Все государственные посты и официальные должности занимали буддийские монахи различных рангов. Иерархия государственных должностей и духовных званий совмещалась полностью. Официальной буддийской школой в Тибете являлась школа Гелугпа (школа Добродетели), основанная тибетским ученым и реформатором буддизма Цзонхавой (XV век). Основные положения этой школы сформулированы в трактате «Ламрим-чхенмо» («Ступени великого Пути»). В идеологии этой школы заложена идея теократического государства, которое просуществовало до 1951 года.

После событий 1959 года в результате реформы буддийской сангхи ведущая религиозно-политическая власть в Тибете была уничтожена и подорвана ее социально-экономическая база. В период «культурной революции» (1966–1976) буддизм как религия и часть национальной культуры тибетского народа подавлен, хотя и продолжает существовать на бытовом уровне в народных массах.

КНР. Китайское право одни ученые относят к системе религиозно-традиционного права, а другие – к системе социалистического права. Внешне китайское право европеизировалось и вошло в правовые системы, основанные на римском праве. Но при этом продолжали существовать традиционные понятия. Имеется в виду конфуцианство, соблюдение ритов (правил), предписываемых обычаями.

Китай насчитывает многовековую историю, но конституция в этом государстве появилась лишь в XX веке. В 1949 году провозглашена Китайская Народная Республика. После этого были приняты четыре конституции: в 1954, 1975, 1978 и 1982 годах. Конституция Китая закрепляет основы политической системы страны, особо подчеркивая роль Коммунистической партии Китая, «вооруженной идеями марксизма-ленинизма, идеями Мао-Цзэдуна». Другой важной особенностью, отраженной в конституции, является наличие патриотической сферы, в которую под руководством КПК входят некоммунистические демократические партии и многочисленные общественные организации. Личные и гражданские права и свободы в Конституции 1982 года гораздо шире, чем в предыдущих. Так, граждане КНР имеют свободу вероисповедания, свободу и неприкосновенность личности (ст. 37) и др.

Современная история государственно-правовых отношений Китая XX века включает три этапа:

- 1) этап абсолютной монархии (начало XX века–1911 год);
- 2) этап Китайской Республики (1912–1949 гг.);
- 3) этап социалистического государства и права – КНР (с 1 октября 1949 г.).

Основная проблема, с которой столкнулось китайское общество с начала XX века, – это создание единого национального государства. В развитии права современного Китая выделяются: право гоминьдановской Китайской Республики (1912–1949) и право социалистического Китая (с 1949 года).

Особенностью развития права гоминьдановского Китая является тот факт, что впервые в истории Китая поставлена под сомнение идея «общества без права». После провозглашения Республики в 1912 году началась работа по созданию кодексов, а китайское право заметно европеизировалось, заимствовав многие институты римского права. Однако понятия, связанные с традициями, продолжали и продолжают существовать. Китайское мышление, основанное на религиозных нормах конфуцианства, даосизма, буддизма, не сломлено. Кодексы и законы применялись в Китае только в той мере, в какой они отвечали чувству справедливости и приличия. Практика игнорировала законы, как только они нарушали эту традицию. Граждане не обращались в суды потому, что не знали своих прав или не хотели заслужить неодобрение общества. В результате принятия новых кодексов увеличилось число судебных процессов, а это китайцы считали признаком упадка. В сложившихся условиях возврат к конфуцианству оказался желательным самым передовым умам.

Современный Китай – это страна с большим многообразием религиозных верований. Но самую большую группу составляют атеисты и неверующие. Основные религии – буддизм, даосизм, ислам, католицизм и протестантизм. Китайские власти рассматривают возможность расширения этого списка, чтобы включить иудаизм, православную церковь, веру бахай и церковь мормонов. Закон КНР о национальной религиозной автономии провозглашает право свободы вероисповедания граждан всех этнических групп. Однако Государственная администрация по религиозным делам предпринимает шаги по регулированию «народной» религии.

В Китае буддизм столкнулся с другими религиозными системами (например, конфуцианством и даосизмом). Конфуцианство провозглашало концепцию сильной государственной власти. Соответствие поведения любого члена общества своему социальному и официальному статусу, характерное для конфуцианства, было чуждо представлениям буддизма, который призывал к отказу от всего мирского. Такое положение привело к тому, что на китайской почве получила значительное влияние идея сангхи, независимой от светской власти и светских законов. В свою очередь это способствовало тому, что буддизм в Китае сблизился с даосизмом и вместе с ним выступал в качестве оппозиции государству и его основной идеологии – конфуцианству. Часто буддизм использовался как идеология крестьянских восстаний и являлся фактором децентрализации. По мере «китаизации» буддизм стал утрачивать свою идеологическую самостоятельность и постепенно все более жестко контролироваться государством. Правительство КНР провозгласило легитимными только пять религий. Под свою защиту государство берет только ту религиозную деятельность, которую оно считает «нормальной» (но юридического понимания этого термина не существует). По всей стране введена система контроля, требующая, чтобы каждая мечеть, храм, церковь, монастырь регистрировались при правительстве. Регистрация предусматривает правительственный контроль и надзор за финансами, персоналом, публикациями, деятельностью религиозных сообществ, а также цензуру отдельных религиозных принципов.

За время своего существования буддизм укоренился в азиатских странах. Он оказал огромное влияние на общество, формы социального поведения, этнической психологии, воздействовал на общественные структуры и процессы в странах Южной, Юго-Восточной, Восточной и Центральной Азии и продолжает влиять на государственную жизнь. Во многих странах буддизм является

государственной религией, а в Лаосе, Камбодже и Таиланде главы государств осуществляют руководство буддийской церковью.

Вопросы и задания

Ознакомившись с отрывком из монографии Н. В. Володиной «Правовые системы государственно-конфессиональных отношений», ответьте на данные ниже вопросы и выполните задания.

1. Сделайте вывод о значении религии и проявлениях её влияния на государственные отношения. Свой ответ подтвердите цитатами из теста. Какие факторы обуславливают взаимоотношения государства и буддизма?

2. Основываясь на прочтенном отрывке и собственных знаниях, дайте характеристику специфическим чертам буддизма как религии.

3. Проследите исторический путь становления, развития, а также географию распространения буддизма, определите его исходные, ключевые положения для каждого периода. Какие факторы оказали решающее влияние на формирование этого религиозного учения?

4. Опираясь на текст, выделите общие и специфические черты буддийской религиозной традиции и системы права в Японии, Южной Корее и Тибете.

5. Как рассматривается институт государства в религиозной буддийской традиции? Какая роль ему отводится? Какие требования предъявляются к властямущим согласно буддийской религии?

6. В чем, по мнению Н. В. Володиной, состоит специфика буддийских государств демократического типа?

7. Дайте общую характеристику государственно-политической системе КНР, выделив её специфические черты. Чем обусловлена подобная специфика?

Глава 5. ГОСУДАРСТВЕННО-ПРАВОВАЯ СИСТЕМА

В СТРАНАХ РАСПРОСТРАНЕНИЯ ИНДУИЗМА 5.1. Индуизм и право

Индуизм – одна из самых крупных национальных религий мира. Это политеистическая религия и по количеству последователей является третьей религией мира, так как 15% населения Земли – верующие этого толка. В Индии индуисты составляют свыше 90% населения страны, в Непале – 89%. Вне этих двух стран индуизм исповедуется почти исключительно эмигрантами индийского происхождения, за исключением острова Бали, где эта религия является следствием индуистского прошлого Индонезии.

В противоположность большинству известных религий индуизм не имеет установленного исторического основателя. Слово «индуизм» – более позднее, чем сама религия: мусульмане, встретив впервые приверженцев индуизма в провинции Синд, где течет река Инд, дали им название, производное от названия этой провинции и реки. В индуизме существует система каст. В 1955 году закон, направленный против расовой и религиозной дискриминации, уничтожил общественные и административные барьеры, создаваемые кастовой системой Индии. Очень мало сведений о численности различных каст. Заслуживающие доверия источники свидетельствуют о следующем распределении индуистов по кастам:

— брахманы – 6%;

- кшатрии – 6%;
- вайшья – 6%;
- шудры – 60%;
- вне каст («неприкасаемые») – 15%;
- члены племен – 7% (не классифицируются).

Система каст существует по традиции, а также по религиозным причинам: только брахманы могут стать священниками, приношения верующих в храм зависят от принадлежности к той или иной касте. Принадлежность к касте точно фиксировала то, что каждый должен и может делать. Например, брахман не мог есть пищу, приготовленную кем-либо из низшей касты, а тем более тем, кто не принадлежит ни к какой касте. Существовали рестораны для брахманов с поварами-брахманами и т. п., т. е. не все брахманы становились священниками, а кшатрии – воинами. Эта строгость в настоящее время смягчена, но возникают конфликты, если кто-то делает то, что вменяется другой касте. Традиция требует, что «лучше посредственно выполнять свои обязанности, чем отлично выполнять обязанности другого». Несмотря на огромное влияние религии на все стороны жизни индийского государства и общества, правовая система включала нормы как религиозного, так и светского права. Религиозная правовая традиция развивалась брахманскими школами и приобрела форму дхармашастр (книг о дхарме) – сборников религиозно-этнических норм, правовых установлений, которые предписывали каждому индусу неукоснительно следовать своей дхарме, религиозному долгу, обычаю, принятому в варне. Крупнейшей кодификацией религиозного права, правил поведения являются Законы Ману. Светскую правовую традицию развивали кшатрии. Наиболее существенной кодификацией светского публичного и процессуального права является Артхашастра Каутильи (I–II вв. н. э.), представляющая собой трактат об искусстве политики и управления. Впервые формируется проблема соотношения силы и права в обеспечении правопорядка. Каутильи не отрицает значение дхармы и «закона, основанного на истине» в достижении гармонии и порядка в государстве. Но в качестве критерия оценки эффективности внутренней и внешней политики правителя рассматривает не религиозную мораль, а достижение государственной выгоды – артхэ.

Индусское право – это право сообщества, объединенного брахманизмом. В настоящее время оно остается для большого количества индусов единственным важным корпусом права, регламентирующим их личный статус. Личный статус включает как неимущественные, так и имущественные отношения.

Заметный отход от идеологии брахманизма в сторону светских представлений о государстве и праве наблюдается в Артхашастре автором которой считается Каутильи – влиятельный советник и министр Чандрагупты. В Артхашастре говорится, что всякое спорное судебное дело решается по четырем основаниям: 1) закону (дхармашастры); 2) судебному разбирательству; 3) обычаям; 4) правительственному распоряжению. Из них преимущество отдается последнему. Закон основывается на истине, судебное разбирательство – на показаниях свидетелей, обычаи – на соглашении народа. Правительственное распоряжение является приказом, издаваемым властями. Если закон находится в противоречии с правительственным распоряжением, предпочтение отдается распоряжению, а книга

законов теряет силу. Таким образом, в иерархии источников законных требований решающую силу имеет указ царя.

Полезность выступает в трактате в качестве определяющей основы и ведущего принципа политических действий, соответствующих целям сильной, карающей власти и сохранению системы варн. Выделение полезности в качестве самостоятельного начала политики означало шаг в формировании светской доктрины политики и законодательства. Индуизм обязывает своих последователей, кроме принятия на веру религиозных догм, и к определенному миропониманию. Это право общины, которая в Индии, Пакистане, Бирме, Сингапуре и Малайзии, а также в странах на восточном побережье Африки, преимущественно в Танзании, Уганде и Кении, исповедует индуизм.

Варно-кастовая социальная структура воздействовала на организацию власти, а политико-правовая система в Индии возникла и развивалась под влиянием религиозных представлений: брахманизма, индуизма, ислама и буддизма. Поэтому право современной Индии представляет собой сложный правовой феномен. Его характеризуют следующие черты:

а) расщепленный характер права, связанный с одновременным функционированием нескольких правовых укладов: традиционного права, прецедентного права, религиозного права (индусского и мусульманского);

б) партикулярный характер права, ориентированный на местные обычаи, традиции и ритуалы;

в) эклектичность – смешение различных правовых идеологий (либеральной, социалистической, религиозной) и правовых укладов в так называемом территориальном индийском праве, применяющемся ко всем гражданам Индии;

г) декларативность – отрыв официального законодательства от социальной реальности.

Условно в развитии современного индийского права выделены два этапа: колониальный период (до 1947 года) и постколониальный период (с 1947 года). Влияние английского господства на индусское право и мусульманское право двойственно. Во-первых, при англичанах официально признан авторитет индусского права. Английские суды рассматривали дела, не затрагивающие интересы англичан, на основе норм индусского или мусульманского права. Во-вторых, английское господство губительно воздействовало на индусское право: сфера его влияния была ограничена регламентацией узкого круга общественных отношений. Наиболее важные сферы жизнедеятельности общества регулировались территориальным правом, применяемым ко всем гражданам Индии независимо от их религиозной принадлежности. С одной стороны, в результате произвольного толкования судьями-англичанами индусское право деформировалось (признавалась законность новых обычаев, например, действительность завещания, совершаемого индусом). Английские судьи, применявшие положения дхармашастр, плохо понимали индусскую правовую традицию, часто искаженную в переводах европейцев. Индусские понятия и обычаи англичане интерпретировали в духе общего права, понятного для них, но отвергаемого индусами. В Индии введено английское доказательное право, что изменило условия применения индусского права. Суды применяли нормы индусского права в строго ограниченных сферах: брак, наследование, касты, религиозные институты. Вне этого действовало новое территориальное право.

Современное государство Индия живет в сложной системе, где касты играют определенную роль. Изменения произошли в семейном праве, а семейно-брачные отношения регламентировались Законом о браке. Он пересматривал традиционное индусское право, в котором семья – это священный союз, основанный на дарении. Объектом дарения выступала женщина: родственники невесты передавали ее семье жениха. От нее не требовалось соглашения на брак, который был нерасторжим. Закон рассматривал брак как договор мужчины и женщины, заключенный с их согласия, а многоженство запрещалось. Однако данный закон применялся только в отношении индусов, а не всех граждан Индии. Изменения, внесенные Законом о браке, особенно существенны для «неприкасаемых», которые до этого были практически исключены из жизни общества. Законом установлены квоты, открывающие им доступ к профессиям в сфере общественных услуг. В настоящее время встречаются парадоксальные случаи, чего нельзя было представить несколько десятилетий назад: некоторые индусы высокой касты стремятся скрыть свое происхождение, чтобы получить работу, предназначенную для ущемленных в правах.

Представление о системе каст сложное. В современной Индии используются два слова, которые характеризуют касту в религиозном аспекте или в зависимости от семейного происхождения. В первом случае используется слово «варна» (буквально: «цвет»), а во втором – «джати» («рождение»). Это различие объясняет тот парадокс, что те, кто не принадлежит к кастам, тоже делятся на касты: понятие «джати» более широкое и более сложное по сравнению с понятием «варна». Подчеркнем символический, а не расовый характер понятия цвета: Вишну, например, обычно изображен с голубым лицом, а красный цвет символизирует солнце. Три первые касты рассматриваются как «дважды рожденные», т. е. физически и в духовной жизни, что дает им право опоясываться шнурком, символизирующим чистоту. В наше время этой привилегией пользуются только жрецы.

Появляются законы, которые регламентируют отношения между гражданами Индии, исповедующими различные религии. Так, в 1953 году был издан специальный Закон о браке, который признает действительными браки между индусами и мусульманами. Закон о наследовании исключил женщину из числа наследников.

Современное развитие правовой системы Индии состоит в стремлении сменить религиозное право западной концепцией светского права. Существующее индийское (национальное) право включает законодательные нормы, имеющие общее применение. Препятствием остаются традиции и правовые обычаи. Большое количество индусов, живущих в деревнях, не следуют новым правовым нормам, продолжая жить по религиозным предписаниям. Поэтому возникла необходимость в ст. 372 конституции (1950) закрепить положение о том, что созданное ранее право имеет юридическую силу и не предполагает пересмотра предшествующих правовых концепций и законодательства.

Вопросы и задания

Ознакомившись с отрывком из монографии Н. В. Володиной «Правовые системы государственно-конфессиональных отношений», ответьте на данные ниже вопросы и выполните задания.

1. Сделайте вывод о значении индуизма и проявлениях его влияния на правовую систему Индии. Свой ответ подтвердите цитатами из теста.
2. Основываясь на прочтенном отрывке и собственных знаниях, дайте характеристику специфическим чертам индуизма как религии, географии её распространения, числу последователей.
3. Опираясь на текст, дайте характеристику, в том числе численную, кастовой системе, объясните причины её существования. Расскажите о современных принципах построения социальной структуры индийского общества.
4. Опираясь на текст, выделите специфические черты индусского права по сравнению с другими правовыми системами.
5. Что вам известно о развитии и соотношении светской и религиозной правовых традиций в рамках правовой системы Индии? Ответьте на вопрос, используя цитаты из текста.
6. Дайте характеристику источников индусского права. Оцените значение каждого из них для правовой системы в целом.
7. Как автор видит процесс исторического развития современного индусского права? Определите ключевые характеристики для каждого исторического периода развития. Какие факторы оказали решающее влияние на специфику индусского права в рамках каждого периода?
8. Оцените влияние английского права на право Индии. Свой ответ аргументируйте.
9. Приведите примеры новаций в современном индусском праве. Оцените их значение для правовой системы государства в целом.

В. И. Лафитский Сравнительное правоведение в образах права. М.

БОЖЕСТВЕННЫЕ ОСНОВЫ ИНДУИСТСКОГО ПРАВА

Божественные основы индуизма состоят из двух канонов священных писаний: шрути и смрити.

Шрути, что на санскрите означает «услышанное», включает четыре веды: «Ригведу» (Веду гимнов), «Яджурведу» (Веду жертвенных формул), «Самаведу» (Веду песнопений) и «Атхарваведу» (Веду заклинаний), а также те священные тексты, в которых раскрыто их содержание: Брахманы, Араньяки и Упанишады. В представлении индуистов в этих писаниях отражено вечное знание космических звуков истины.

Смрити, что на санскрите означает «запомненное», дополняет шрути. К смрити относятся Итихасы (истории и сказания), включающие великие эпосы Махабхарата и Рамаяна, Пураны (древние былины), Веданга («завершение вед»), Агама (доктрины), Даршаны (философские системы) и Дхармашастры (законы), из которых наиболее известны Законы Ману. Тексты смрити занимают вторую ступень в иерархии божественных писаний. Исключение составляют немногие тексты, прежде всего великая Бхагаватгита, вошедшая в состав эпоса Махабхарата.

Синтоистское право XXI в.

До Второй мировой войны японское право традиционно делилось на семь отраслей: конституционное, административное, гражданское, торговое, уголовное, гражданско-процессуальное и уголовно-процессуальное. Во второй половине XX в. структура японского права значительно

усложнилась за счет обособления новых отраслей права, в частности финансового, налогового, трудового, социального обеспечения, природоохранного. Этот процесс был продолжен и на рубеже двух тысячелетий в результате дробления уже имеющихся либо формирования новых отраслей права (энергетическое, информационное и др.) на основе существующих комплексных правовых институтов.

Законодательство Японии приобретает все более технократический характер. И, тем не менее, в нем достаточно отчетливо прослеживается влияние традиций синтоистского права. В частности, оно определяет содержание многих общеправовых принципов, например о добросовестности участников гражданско-правовых отношений и соблюдении добрых нравов при заключении сделок (ч. 2 ст. 1 и ст. 90 Гражданского кодекса).

Наиболее полно синтоистское право проявляется в правовых обычаях и традициях. Впервые их роль была подчеркнута в Общем положении о законах 1898 г. Этот акт, в частности, устанавливал следующее: «Не нарушающий публичный порядок и добрые нравы обычай в случаях, когда это предусмотрено законом, или по вопросам, не урегулированным законом, имеет силу, одинаковую с законом». Указанный принцип действует и сейчас, придавая нормам синтоистского права равную юридическую силу с нормами современного законодательства.

Влияние синтоистского права определяется не только наличием норм, унаследованных из прошлого. Оно проявляется и в практике применения современного законодательства. В этой связи примечательно высказывание известного японского правоведа Такэнори Кавасима о том, что закон в правовой системе Японии рассматривается в основном «как наследственный фамильный меч, то есть как украшение, как орнамент». Он не считается нормальным «средством правового регулирования повседневной жизни общества». Поэтому законодатели, как правило, избегают использования четких формулировок, будучи убежденными, что после принятия закон «начинает собственную жизнь».

А «собственная жизнь законов» во многом определяется теми мысленными образами, которые порождаются японским языком. Такие мысленные образы определяют не только жизненные установки, но и содержание многих норм права, в частности трудового. Японцы в разговорах о своих фирмах, предприятиях, организациях обычно употребляют слово «ути», что в переводе означает «дом», «семья». Тогда счастлив японец, когда его поступки приспособлены к взглядам и оценкам окружающих. И получается, что члены одной общины как капли воды похожи друг на друга. Они внимательно следят, чтобы их схожесть не нарушалась, чтобы каждый был, «как все», а все, «как каждый».

Особенности правоприменительной практики Японии, действующей под мощным влиянием синтоистских традиций, впервые для западных читателей раскрыл Такэёси Кавасима. Он отмечал, что японцы предпочитают не обращаться в суды для разрешения споров, поскольку это нарушает «гармонию» и противоречит «сильно укорененным ожиданиям, что споры не должны и не могут возникать, а если они возникают, то должны разрешаться по взаимному согласию».

Отражая эти настроения, законодательство устанавливает, что споры должны разрешаться мирно, посредством взаимных уступок сторон. С этой целью применяются примирительные процедуры и альтернативные (внесудебные) способы разрешения споров. В 2004 г. был принят специальный Закон о

содействии альтернативным способам разрешения споров, который требует сделать их более доступными в целях «реализации прав и интересов народа».

По сути с тех же позиций выступает и Министерство юстиции Японии, объясняя достаточно низкий уровень преступности в стране: «Специфическая логика, возникшая из старых культурных традиций. Дух, направленный на то, чтобы относиться со вниманием к позору и славе, искать путь среди самоотречения и самосозидания. Ценностные ориентиры, в которых большое значение придается скорее отзывчивости, гармонии, эмоциям, чем противоречиям и противоборству».

С тех же позиций объясняет особенности заключаемых в Японии гражданско-правовых договоров Цунэо Инако: «В отличие от европейцев японцы не любят в тексте договора подробно и четко фиксировать права и обязанности сторон... . Это означает, что, хотя нормы, регулирующие договор, привнесены в Японию из Европы, понимание договора европейцами как документа, четко определяющего права и обязанности сторон и строго связывающего их, не проникло в Японию. Японцы ограничивают содержание договора лишь основополагающими моментами, а в случае возникновения каких-либо проблем конкретные права и обязанности сторон определяются путем переговоров. Для поддержания таких гибких договорных отношений необходимо существование хороших связей между сторонами, их повседневное общение и действие норм «гири»».

В целом, как отмечал Рене Давид, идея права в его западном восприятии «не проникла в повседневную жизнь японцев. Абстрактный характер норм права, его логический характер по-прежнему чужды стране... . Главное для японцев – нормы поведения (гири), установленные для каждого вида человеческих отношений традицией и основанные, по крайней мере внешне, на чувстве привязанности (нинхо), которое объединяет индивидуумов в их отношениях». Рецепция западного законодательства допускается лишь в тех пределах, которые, с одной стороны, обеспечивают модернизацию экономики и сохранение позиций Японии в мире (прежде всего внешнеэкономических), а с другой – не расшатывают устои государства и общества, укорененные в традициях синтоистского права.

Вопросы и задания

Ознакомившись с отрывком из монографии В. И. Лафитского «Сравнительное правоведение в образах права», ответьте на данные ниже вопросы и выполните задания.

1. Опираясь на текст, выделите специфические черты права Японии по сравнению с другими правовыми системами.
2. Основываясь на тексте, представьте развитие структуры японского права в XX веке. Дайте характеристику изменениям, произошедшим в законодательстве Японии.
3. Каково влияние синтоистского права на японское право и в чем оно проявляется?