

- [Рене Давид](#)

- 



# Рене Давид

## Основные правовые системы современности

Рене Давид

Основные правовые системы современности

Перевод с французского

доктора юридических наук профессора В.А.Туманова

Введение

1. План. У этого Введения двойная цель. Во-первых, проследить историю сравнительного права, показать, в чем его значение и какие задачи ставит перед компаративистами современная эпоха. Во-вторых, объяснить, как построена эта книга, призванная рассказать об основных правовых системах современного мира. Отдел I. Сравнительное право

2. Развитие сравнительного права. Сравнение правовых систем, соседствующих на географической карте,-- дело такое же давнее, как и сама правовая наука. Изучение 153 конституций греческих и варварских городов лежит в основе трактата Аристотеля о политике; Солон, как говорят, действовал так же, создавая афинские законы, а децемвиры, как гласит легенда, составили Законы 12 таблиц лишь после изучения законов городов Великой Греции. В средние века сравнивали римское право и право каноническое, а в Англии в XVI веке также обсуждали в сравнительном плане достоинства канонического права и общего права. Позднее на сравнении обычаев основывались труды тех, кто пытался создать во Франции общее обычное право, в Германии -- немецкое частное право. Наконец, Монтескье стремился путем сравнения изучить дух законов и определить принципы хорошей системы правления.

Можно привести еще множество примеров из прошлого; тем не менее развитие сравнительного права как науки относится к недавнему времени. Только в последние сто лет важность сравнительного изучения права была признана, методы и цели сравнительного права систематически изучались и сам термин "сравнительное право" был признан и вошел в научный оборот.

Причины, объясняющие столь позднее признание сравнительного права как науки, легко установить. В течение веков наука права была направлена на выявление принципов и положений справедливого права,

соответствующего воле бога, человеческой природе и разуму.

Наука права была оторвана от позитивного права. Изучение обычаев интересовало судебную практику, практикующих юристов. Ордонансы князей интересовали правительства различных стран. Однако ни обычаи, ни ордонансы не привлекали внимания тех, кто размышлял о праве и писал о нем. Так было, в частности, в университетах, где презирали разноречивый и варварский характер обычаев и ордонансов и считали единственно благородным и нужным изучение и преподавание только настоящей науки права, метода, при помощи которого можно открыть основы общей для всех стран справедливости. Этот метод видели в изучении римского права и канонического права, которые в трудах их комментаторов выступали как всеобщее право цивилизованного мира, ограниченного тогда рамками христианства.

Лишь в XIX веке, вследствие национальных кодификаций идея "всеобщего права" сошла со сцены и как результат этой "культурной революции" появилась возможность, а затем и необходимость сравнивать законодательство различных европейских стран. И наука права в целом, и университетское преподавание основывались на национальных законодательных системах. Развитие сравнительного права было логическим следствием придания праву национального характера и соответственно изменения концепции права. С другой стороны, развитию сравнительного права способствовало последовательное расширение самых различных международных связей.

3. Дебют сравнительного права. Его современное значение. Сравнительное правоведение, сложившись на рубеже нашего века, развивалось быстрыми темпами. Еще четверть века назад оно рассматривалось как узкая сфера, где подвизались несколько дилетантов. В наши же дни в нем видят необходимый элемент науки и правовой культуры.

Первые шаги сравнительного правоведения отмечены дискуссиями, направленными на определение и уточнение его сущности и предмета, места среди других отраслей правовой науки, его методов, возможной сферы применения сравнительного изучения права, целей такого изучения. Дискутировалось, следует ли рассматривать сравнительное право как самостоятельную отрасль науки права или как метод -- сравнительный метод, используемый этой наукой; сравнительное право стремились разграничить со сравнительной историей права, общей теорией права, социологией права; уточняли, в какой отрасли права сравнение особенно эффективно; ставили вопрос, какие системы права полезно, целесообразно

или просто возможно сравнивать между собой; подчеркивались и опасности, которые подстерегают юристов, вставших на путь сравнительного изучения права. Эти дискуссии составляют основу первых трудов по сравнительному праву, появившихся в различных странах, и именно эти проблемы стояли на повестке дня первого Международного конгресса по сравнительному праву, состоявшегося в Париже в 1900 году; запоздалое эхо этих проблем звучит еще и сегодня в некоторых трудах, опубликованных недавно.

В тот начальный период, когда сравнительное право было еще "новичком", постановка всех этих вопросов в науке была неизбежна, равно как неизбежна была дискуссия о том, какое место должно занять сравнительное право, в университетском преподавании. Сегодня, когда сравнительное право прочно стоит на ногах, проблемы эти утратили актуальность.

Но остается еще двойная задача: с одной стороны, снова подчеркнуть то значение, которое вопреки мнению скептиков сравнительное право представляет для юристов, а с другой стороны, дать возможность убедившимся использовать в различных конкретных целях сравнение правовых систем.

В сжатом виде можно выделить три основные позиции, раскрывающие, в чем значение и выгоды сравнительного права. Оно весьма полезно для изучения истории права и его философского осмысления; оно полезно, далее, для лучшего понимания и совершенствования собственного национального права; оно весьма значимо для взаимопонимания народов и создания лучших правовых форм отношений, складывающихся в международном общении.

4. История, философия и общая теория права. Сравнительное право может быть использовано в исследованиях в области истории, философии или общей теории права. Именно в этом аспекте сравнительное право смогло в XIX веке показать свою значимость. Вслед за Монтескье, которого иногда не без некоторого преувеличения называют прародителем сравнительного права, в XIX веке стало модным создавать широкие историко-философские картины развития права, основанные на господствовавших тогда представлениях о социальном прогрессе и эволюции. Для этой цели использовалось право самых различных народов. Начав с обычаев примитивных племен (чтобы показать происхождение права), юрист с восторгом созерцал затем право наиболее развитых стран в современной цивилизации. Мэн в Англии, Колер в Германии -- наиболее видные представители этого направления. Такова же была ориентация

созданной в 1831 году в Коллеж де Франс первой кафедры сравнительного права.

Сегодня мода на подобные генерализации прошла. Но тем не менее вклад, который сравнительное право может внести в исследования исторического или философского плана, неоспорим. При условии соблюдения необходимых предосторожностей можно использовать данные, полученные при наблюдении ряда примитивных племен, чтобы попытаться установить происхождение самого права и представлений о нем или чтобы углубить понимание некоторых институтов или правовых норм античности. Именно так, при помощи сравнительного права были показаны многие аспекты древнеримского права, древнегерманского права, феодального права.

А если говорить о философии права? Сравнительное право показывает нам множество правопониманий. Оно знакомит нас с обществами, в которых отсутствует наше понимание права; с обществами, в которых право тесно связано с религией и составляет ее сокровенную часть. История философии права может, конечно, ограничиться описанием взглядов и представлений о природе и роли права, существовавших в каком-либо одном секторе человечества. Однако философия требует универсализма; нет нужды говорить об убожестве и узости философии права, которая базировалась бы лишь на изучении своего национального права. Сравнительное право, совершенно очевидно, способствует тому, чтобы преодолевать такие барьеры.

Для общей теории права сравнительное изучение права не менее благотворно. Историческое происхождение наших классификаций, относительный характер наших концепций, социальная или политическая обусловленность наших институций могут быть выявлены с полной ясностью только тогда, когда мы посмотрим на них со стороны, выйдем из рамок собственной правовой системы.

Обратимся к традиционным для нас различиям между публичным и частным правом, гражданским и торговым правом, императивной нормой и диспозитивной, между законом и регламентом, вещными правами и правом обязательственным, между движимостью и недвижимостью. Тот, кто изучал только французское право, считает эти противопоставления само собой разумеющимися и необходимыми. Сравнительное право показывает, однако, что они приняты далеко не повсюду, что в некоторых странах они теряют значение или от них вообще отказались. Это наводит нас на необходимость по-иному взглянуть на данные категории, осмыслить их действительное значение в нашем современном национальном праве.

То же самое можно сказать и о наших правовых понятиях и концепциях. Сравнительное право способствует отказу от тенденции приписывать этим концепциям обязательный всеобщий характер. А ведь в истории ряда стран было немало ситуаций, когда интересы, которым должно было служить право, приносились в жертву логическим схемам.

То же самое можно сказать и об источниках права и его методах. Общая теория в изложении французских цивилистов восхваляет кодификацию и закон, она представляет их как прогрессивный способ, которым следует выражать нормы права в демократическом государстве, и видит в судебной практике и доктрине лишь средства, служащие для применения закона или его комментирования. Сравнительное право раскрывает предвзятость и известную гиперболичность такого анализа: оно показывает нам, что другие страны, которые мы считаем демократическими, придерживаются совсем иных формул, отказываются от кодификации и выступают против опасного, по их мнению, преувеличения роли закона. Сравнительное право позволяет нам узнать, что в некоторых других странах наши правовые институты, достоинство которых мы подчеркиваем, оцениваются как ложно демократические и фарисейские формулы. Поиск истины выигрывает от размышлений над данными, поставляемыми нам сравнительным правом.

5. Лучшее знание и совершенствование национального права. Сравнительное право полезно для того, чтобы лучше знать наше национальное право и улучшать его.

Законодатель во все времена в своей деятельности использовал сравнительное право. Не случайно в прошлом веке говорили о сравнительном законодательстве. Заботой тех, кто создал в 1869 году во Франции Общество сравнительного законодательства, тех университетов, которые образовали кафедры сравнительного законодательства, было изучение новых кодексов, принятых в различных странах, с тем чтобы составить представление о различиях, которые имелись в них по сравнению с французскими кодексами, и подсказать законодателю необходимость тех или иных изменений. Фактически, поскольку сходные условия порождали сходные требования и установки, законодательство в странах Европы в течение века развивалось достаточно сходным, идентичным образом. Если мы рассмотрим торговое право, уголовное право, трудовое право и право социального обеспечения или даже семейное право, процессуальное право и право административное, мы сможем констатировать сходство многочисленных законодательных тенденций, совпадение не только в крупных вопросах, но и в юридических частностях.

В течение двадцати, десяти лет и даже в более сжатые сроки реформа, осуществленная в какой-либо стране и доказавшая свою целесообразность, повторялась в других странах с некоторыми модификациями, учитывавшими специфические условия этих стран или направленными на исправление выявившихся пробелов и недостатков первого законодательного решения. Английские положения о чеках, бельгийский закон об отсрочке исполнения наказания, немецкая компания с ограниченной ответственностью -- вот лишь немногие широко известные примеры институтов, заимствованных Францией из законов других стран. Обращение законодателя к помощи сравнительного права может только расширяться в наше время, когда от права ждут не только обеспечения стабильности правопорядка, а хотят посредством новых законов более или менее радикально преобразовать общество.

Не только законодатель имеет возможность использовать сравнительное право для совершенствования национального права. Такая же возможность открыта доктрине и судебной практике. Закон имеет национальный характер. Само же право, однако, не тождественно закону. Правовая наука по самой своей природе носит транснациональный характер. То, что издано, написано и применено в другой стране с той же структурой и теми же традициями, что и наша, может оказать влияние на способы толкования права в нашей стране, а иногда и привести к обновлению применения законов без вмешательства законодателя. Здесь можно дать множество примеров. Очевидно, что постановления Кассационного суда или Государственного совета во Франции часто определяли судебную практику многих иностранных государств, в которых французское право традиционно рассматривалось в качестве модели. То же самое еще более явно для стран английского языка, где право создается в основном судами: постановления высших судов Великобритании часто предопределяют деятельность австралийских или канадских судей и, наоборот, за некоторыми австралийскими или канадскими решениями в Великобритании признается авторитет, почти равный английским прецедентам.

Надо сказать, что до сих пор применение сравнительного права французской судебной практикой и доктриной довольно ограничено. Однако не вызывает сомнений, что французские юристы могут, как и другие, обогащаться идеями юристов других стран и находить в их опыте много полезного. 6. Международное взаимопонимание: международное публичное право. Сравнительное право полезно для взаимопонимания между народами и создания наилучшего режима отношений в

международной жизни.

Этот--третий--аспект сравнительного права стал, может быть, главным в нашу эпоху. Он затрагивает прежде всего международное публичное право. Условия современного мира требуют полного обновления международного права: надо, чтобы между государствами установились, помимо просто мирного сосуществования, новые отношения сотрудничества, как региональные, так даже и всемирные. Ясно, что эти отношения не могут установиться или развиваться должным образом при незнании правовых систем, которые отражают понимание справедливости и регулируют, с учетом политических взглядов, структуры различных государств. Устав ЮНЕСКО (ст. 3) предусматривает укрепление взаимопонимания между народами путем развития во всемирном масштабе изучения иностранного права и использования сравнительного метода.

Кафедры римского права были созданы в Англии королем Генрихом VIII в XVI веке, чтобы способствовать образованию дипломатов, которым предстояло представлять Англию в странах континентальной Европы, где право основывалось на римских традициях. Наши дипломаты -- составители завтрашних торговых договоров или международных конвенций -- также должны быть готовы понимать точки зрения других, знать, как и какими аргументами они смогут убедить своих контрагентов. Они не будут на высоте в выполнении своих задач, если в переговорах с США, СССР или Китаем будут рассуждать только на французский манер, говорить и действовать так, как если бы стремились апеллировать к общественному мнению своей страны. В переговорах с США надо знать о конституционном праве этой страны. Надо, в частности, отдавать себе отчет в наличии законодательных ограничений полномочий федеральных властей. Тот, кто ведет переговоры с представителем СССР, должен понимать, что его собеседник, живя в обществе, организованном совсем не так, как наше, ставит вопросы, испытывает сомнения и предвидит препятствия, одним словом, рассуждает не так, как мы. В беседах с представителями Дальнего Востока следует учитывать образ мышления, который понимает право и международные отношения совсем не так, как на Западе. Сравнительное право не менее необходимо, если мы хотим более тесного сотрудничества между разными странами в рамках регионального сообщества, политических или экономических образований, которые создаются в Европе и на других континентах.

Одним из источников международного публичного права, предусмотренных Статутом Международного суда, являются "общие принципы права, признанные цивилизованными нациями"; толкование этой

формулы может осуществляться только на основе сравнительного права.

7. Международное частное право. Сравнительное право, необходимое для развития и применения международного публичного права, призвано сыграть не меньшую роль в сфере международного частного права. В настоящее время международное частное право находится в сложном положении. Оно состоит в основном из коллизионных норм, призванных определять, компетентно ли данное национальное право рассматривать то или иное правоотношение с иностранным элементом и какое именно национальное право следует к нему применять. Такой метод мог бы быть приемлемым, если бы в различных странах пришли к единообразным решениям. Но на деле коллизии законов и юрисдикции в каждой стране решаются без учета того, что в этом плане делается в другой стране, в результате чего для отношений с иностранным элементом в разных странах установлены различные режимы.

Одна из главных задач юристов нашей эпохи -- положить конец этой анархии. В мире, где международные связи расширяются из года в год, важно создать для них прочную правовую основу. Разным странам следует достичь согласия и установить, что повсюду к тому или иному виду отношений будут применяться одинаковые нормы. Государства должны выработать и принять в каждой области единообразные нормы. Для этой цели могут быть заключены международные конвенции, а, кроме того, судебная практика каждой страны должна принимать во внимание, создавая коллизионную норму, как данная проблема решена законом или судебной практикой в других странах.

8. Международная унификация права. Вместо попытки унифицировать коллизионные нормы с практической точки зрения более предпочтительно выработать единые материальные нормы, регулирующие те или иные категории правоотношений.

Международная унификация права, регулирующего отношения международного права, -- без сомнения, одна из важнейших задач нашего времени. Некоторые люди -- приверженцы партикуляристских взглядов прошлого века -- называют такую задачу химерой. Однако химерой скорее можно назвать взгляды тех, кто считает возможным увековечить в современном мире нормы, утверждающие анархию в международно-правовых отношениях. При осуществлении международной унификации права речь не идет о замене различных национальных правовых систем единообразным наднациональным правом, принятым законодателем в мировом масштабе. Нет необходимости заходить столь далеко. Другими путями с большой гибкостью достигается определенный прогресс с точки

зрения улучшения режима отношений в области международного права. Некоторая унификация и гармонизация международного права достигнуты уже сегодня, и еще более они нужны для завтрашнего мира. Для достижения этой цели в свою очередь необходимо сравнительное право. Без него нельзя установить моменты совпадения или расхождений, существующие между правом различных стран и существенные в плане кодификации. Оно не менее необходимо, чтобы примирить различную технику, применяемую в разных странах, и сделать так, чтобы усилия, направленные на унификацию, увенчались максимальным успехом, какого можно ожидать в настоящих условиях.

9. Роль компаративистов. Сравнительное право призвано сыграть огромную роль в обновлении правовой науки и в выработке нового международного права, отвечающего условиям современного мира. Однако для компаративистов недостаточно выявить ту роль, которая принадлежит сравнительному праву. Вторая их цель -- сделать юристов способными выполнить, каждому в своей отрасли, возложенные на них задачи. Сравнительное право--это не область деятельности отдельных юристов, интересующихся данной областью права. Все юристы должны заинтересоваться сравнительным правом, для того чтобы лучше выполнить стоящие перед ними задачи. Для одних сравнительное право -- это только метод, точнее, сравнительный метод; для других, напротив, сравнительное право -- это автономная отрасль науки познания права. Рядом с юристами, которые просто используют сравнительное право, есть место и для компаративистов, задача которых ограничивается подготовкой почвы, с тем чтобы другие смогли успешно использовать в своей работе сравнение.

Сравнение различных правовых систем действительно иногда очень сложно: надо знать, прежде чем этим заняться, об опасностях, которые подстерегают, и о необходимых мерах предосторожности.

Это все долго ускользало от юристов, так как круг правовых систем, которыми они интересовались, оставался ограниченным. Потребности в особой компаративистской подготовке не было до тех пор, пока во Франции интересовались только европейскими правовыми системами, более или менее близкими праву французскому по их традициям, структуре, методам, сфере действия. И сегодня можно оставаться на тех же позициях, если интересоваться только правовыми системами, принадлежащими к той же "семье", что и наше право. В этом случае не надо быть компаративистом.

Однако сегодняшний мир уже не тот, что был раньше. Все чаще и чаще мы связаны с людьми, с юристами, получившими иное образование,

нежели мы; они рассуждают иначе, используют другие понятия, их мировоззрение и понимание права отличны от наших. Тут нужны компаративисты, чтобы обучить юристов понимать своих собеседников и быть понятыми ими, предупредить юристов о тех трудностях, с которыми они при этом встретятся. Именно этим объясняется прежде всего современное развитие курсов и институтов, где преподается сравнительное право.

10. Сравнительное право и социология права. Сравнительное право многими рассматривалось как один из аспектов социологии права. Относясь сдержанно к такой позиции, все же надо признать, что между сравнительным правом и социологией права существует много точек соприкосновения, у них есть ряд общих областей. Сравнительное право должно прежде всего, как и социология, искать ту степень, в какой право определяет поведение

людей, и то место, которое они отводят ему как социальному фактору.

Живя в обществе, где право ценится очень высоко и считается способным регулировать самые разные аспекты общественных отношений, мы склонны думать, что так обстоит дело во всех странах или по меньшей мере во всех обществах, достигших такого же уровня развития, что и мы. Мы склонны также думать, что действующее право -- это единственная реальность, забывая прежний дуализм, который существовал веками в самих наших странах между правом, преподававшимся в университетах, и нормами, на основании которых действовали суды.

Тому, кто обращается к иностранному праву, следует помнить, что право, каким оно предстает в официальных источниках, не единственный фактор, формирующий общественные отношения.

Правовые нормы и процедуры, которые мы считаем существенными, могут в иной среде иметь лишь вспомогательное, почти ничтожное значение, так как общественные отношения основаны на иных принципах. Так, в японском праве нормы гири, на Мадагаскаре -- законы фомба, в некоторых других странах предписания религиозных властей и тому подобные факторы могут превратить право просто в ширму, фасад, от которого реальная общественная жизнь достаточно отлична. Опасность такого несовпадения имеется во многих странах, где право "высоко читится, но имеется тенденция рассматривать его как практически недостижимый идеал: так обстоит дело во многих странах, где господствует ислам. Такое же несовпадение может иметь место и там, где, напротив, право презирается, например в странах Дальнего Востока, где граждане улаживают свои споры в порядке примирительной процедуры и где

обращение в суд и ссылки на право считаются постыдными. Даже в западных странах очевидно, что право опосредствует далеко не всю реальную общественную жизнь: не все уголовные правонарушения становятся объектом расследования, не все штрафы взыскиваются, не все судебные решения исполняются. Существует практика административная, торговая, профессиональная; факторы коммерческого, религиозного и социального плана оказывают влияние на действия индивидов. Тот, кто опирается только на теорию права, получит ложное представление о методе регулирования общественных отношений и о том, что же представляет собой право в действительности.

11. Источники права. Обратим теперь внимание на формальные источники права. В различных системах права разное значение придается закону и обычаю судебной практике, доктрине, справедливости при изучении иностранного права надо знать, что наши представления об иерархии различных источников права неприменимы к другим странам; что методы и рассуждения, используемые юристами для установления норм права и развития права в целом, весьма разнообразны. Одна система может носить религиозный характер, и никакой законодатель не может изменять нормы такого права. В других странах законы -- лишь модель, которую считают естественным нарушать, если того требует обычай. Где-либо еще судебному решению придается значение выходящее за рамки данного процесса. Использование общих принципов и формул также может в некоторых правовых системах служить для того, чтобы подправить в ту или иную сторону формальную норму действующего права. Все это надо знать в отношении правовых систем, которые предполагается изучать на сравнительной основе. Дело усложняется тем, что выводы теоретиков об источниках права или способах толкования закона не всегда дают точное представление о реальном положении. Так, доктрина во Франции утверждает, что судебная практика не является источником права; тем не менее в действительности при определенных обстоятельствах решения Кассационного суда или Государственного совета часто играют роль не меньшую, чем закон. Еще и сегодня в Англии закон охотно изображают как исключительный феномен в системе, которая является классической системой судейского права. Однако законы в Англии столь же многочисленны, и они играют там роль ничуть не меньшую, чем во Франции. Их перестали толковать буквально и ограничительно, как это предписывалось старинными канонами. Остается верным лишь то, что английские юристы по-прежнему плохо чувствуют себя в присутствии норм, сформулированных законодателем, и стремятся как можно скорее

растворить их в судебных решениях, вынесенных в ходе применения этих норм. Доктрина ислама не допускает, чтобы законодатель мог изменять нормы права, составляющие священное мусульманское право; это запрещение не препятствует тому, чтобы различными путями -- полицейскими или процессуальными -- властитель в мусульманских странах фактически парализовал действие той или иной нормы или подчинил ее применение различным условиям, не затронув ортодоксальных принципов.

12. Структура права. Обратимся теперь к последнему различию между правовыми системами, которое компаративисту важно выявить. Каждая правовая система пользуется понятиями, при помощи которых формулируются ее нормы; при этом норма права данной системой права может пониматься по-своему. Кроме того, в структурном отношении система норм может быть построена по-разному, и соответственно изучение данной системы права предполагает понимание структурных различий, существующих между нашим правом и изучаемым.

Равновесие между противостоящими интересами и поиск справедливых решений, к чему стремится право, могут достигаться по-разному той или иной правовой системой. Защита граждан от администрации в одной стране может быть поручена судебным органам, в других странах -- специальным органам внутри самой администрации, она может осуществляться путем контроля со стороны парламентских комиссий или "посредничества". Индивидуализация наказания может быть тем или иным путем распределена между судьями и пенитенциарными властями. Доказательства в одной стране могут играть такую роль, которую в другой имеют формальные предписания. Положение пережившего супруга в одной системе права обеспечивается нормами об имущественных отношениях супругов, а в другой -- нормами о наследовании. Защита недееспособных у нас обеспечивается посредством представительства, в других же странах -- таким своеобразным институтом, как траст. Компаративист должен обращать внимание на эти различные подходы, он должен показывать необходимость для юриста, сравнивающего различные системы права, изучать проблему, а не заниматься игрой в понятия. Следует опасаться вопросников -- метода, к которому часто прибегают для сравнения различных правовых систем. Самые точные ответы, данные по вопроснику, могут сформировать ложное представление, если изучающий эти ответы не отдает себе отчета в том, что имеются и другие нормы и принципы, оставшиеся вне вопросника, рядом с которыми изучаемые им по вопроснику нормы составят лишь часть сложной реальности.

Отсутствие совпадения между понятиями и даже между принятыми там и здесь правовыми категориями представляет собой одну из самых больших трудностей для юриста, желающего провести сравнение различных правовых систем. Он готов к тому, что встретится с различиями в содержании норм, но бывает дезориентирован, когда не находит в иностранном праве той классификации норм, которая ему представляется естественной и вытекающей из самой природы вещей. Надо, однако, твердо усвоить: наука права развилась самостоятельно в рамках различных правовых "семей"; категории и понятия, которые элементарны для французского юриста, часто чужды для английского юриста, не говоря уже о юристе мусульманской страны. Вопросы, первостепенные для французского юриста, могут вовсе не возникать или иметь лишь ограниченное значение для советского юриста, т. е. юриста общества другого типа. Вопросы, поставленные французским юристом африканцу в отношении организации семьи или земельных прав, африканцу непонятны, если они выражены терминами европейских институтов, совершенно чуждых африканцам.

Путем широкого изучения структуры других обществ и других правовых систем компаративисты должны создать необходимые условия для плодотворного диалога; они должны объяснить ментальность, способ рассуждений и концепции иностранных систем и создать научные юридические словари в широком смысле слова, позволяющие людям, которые говорят на разных правовых языках, понять друг друга.

13. Заключение. Сравнительное право должно сыграть первостепенную роль в правовой науке. Оно стремится, прежде всего, разъяснить юристам роль и значение права, используя для этого опыт всех народов. С другой стороны, в практическом плане оно стремится способствовать развитию международных отношений. В-третьих, сравнительное право позволяет юристам разных стран улучшать свое национальное право.

Для того чтобы сравнительное право сыграло свою роль, надо, чтобы юристы не ограничивались только изучением национального права и при каждой возможности прибегали к сравнительному методу. Каждый в своей области извлечет из этого пользу. Много, однако, надо сделать, чтобы все было именно так. Полезность сравнительного права признана совсем недавно: труды компаративистов, направленные на то, чтобы расширить круг интересов юристов и придать им универсальное звучание, еще несовершенны. Многие из наших современных юристов, признавая пользу сравнительного права, не прибегают к сравнительному методу, так как не

получили ранее достаточных для этого знаний. Новое поколение получает их. Более чуткое к реальностям современного мира и более ясно сознающее необходимость сосуществования между народами новое поколение не согласится, чтобы наука права, как грустно говорил Иеринг, опустилась до уровня "местной судебной практики". Может быть, неизбежно, чтобы практикующие юристы в своей повседневной деятельности ограничивали свой горизонт рамками национального права. Но наука права универсальна. Сравнительное право -- один из элементов такого универсализма, особенно важного в наше время, оно играет и призвано играть первостепенную роль для изучения и прогресса права.

## Отдел II. Разнообразие современных правовых систем

14. 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. Своё 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.

Назначение данной книги -- быть гидом в этом множестве правовых и облегчить задачу тех юристов, кто по тому или иному основанию проявляет интерес к изучению какой-либо системы зарубежного права.

Нам предстоит проделать сложную работу. Право разных стран сформулировано на разных языках, использует различную технику и создано для обществ с весьма различными структурами, нравами, верованиями. Уже само количество действующих правовых систем затрудняет возможность сколь-нибудь достаточного синтеза в ограниченных рамках одной книги. Но все это вовсе не означает, что мы должны отказаться от предпринятой работы. И хотя в современном мире существует множество правовых систем, они могут быть сведены в ограниченное число семей. Тем самым мы достигнем поставленной цели, не входя в детали каждой правовой системы, но акцентируя внимание на общих характерных чертах основных правовых семей. Следовательно, первое, что мы должны сделать в этом Введении, -- раскрыть понятие "правовая семья" и показать, какие правовые семьи существуют в современном мире.

15. Переменные и постоянные элементы права. От чего зависят и в чем выражаются различия правовых систем?

Юрист-практик, чье внимание сосредоточено на своем национальном

праве, отвечая на этот вопрос, несомненно, скажет, что в разных странах принимаются и применяются разные нормы. И действительно, это первое, что бросается в глаза, когда говорят о различиях правовых систем. Право США и французское право отличаются тем, что первое допускает судебный контроль за конституционностью законов, а второе -- нет. В отличие от английского права, разрешающего развод, ирландское право не разрешает его.

И тем не менее различия не зависят только от входящих в состав права норм. Было бы поверхностным и неправильным видеть в праве только лишь совокупность норм. Конечно, в определенную эпоху, в определенной стране право может принять именно такой вид. 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.

В 1848 году немецкий юрист писал: "Три слова законодателя -- и целые библиотеки становятся макулатурой". Но это не более чем каламбур. Разумеется, нормы права изменяются, и юрист-практик не может относиться с доверием к книгам с устаревшими данными. Однако преподавание права возможно именно потому, что оно есть нечто иное, чем изменяющиеся нормы. Смысл подготовки юриста не в том, чтобы он выучил наизусть и в деталях действующие сегодня нормы. Вряд ли это понадобится ему через десять лет в профессиональной деятельности, для которой большая часть этих норм будет не нужна. Но ему важно понимать структурную взаимосвязь норм, термины, которыми они оперируют, способы, которыми пользуются для фиксации норм и их согласования друг с другом. Нормы права могут меняться от росчерка пера законодателя. Но в них и немало таких элементов, которые не могут быть произвольно изменены, поскольку они теснейшим образом связаны с нашей цивилизацией и нашим образом мыслей. Законодатель не может воздействовать на эти элементы, точно так же как на наш язык или нашу манеру размышлять.

В работах американского юриста Р. Паунда показана значимость этих элементов, стоящих за нормами права. Именно на них основано представление об историческом постоянстве национального права независимо от тех модификаций, которые претерпевали нормы. Наличие этих элементов дает основание говорить о праве как о науке и делает возможным юридическое образование.

16. Группировка правовых систем в семье. Различия между правом разных стран значительно уменьшаются, если исходить не из содержания их конкретных норм, а из их более постоянных элементов, используемых для создания, толкования, оценки норм. Сами нормы могут быть бесконечно разнообразны, но способы их выработки, систематизации, толкования показывают наличие некоторых типов, которых не так уж и много. Поэтому возможна группировка правовых систем в "семьи", подобно тому как это делают и другие науки, оставляя в стороне второстепенные различия и выделяя семьи, как, например, в лингвистике -- романские, славянские, семитские языки, в религии -христианство, ислам и т. д., в естественных науках -- млекопитающие, пресмыкающиеся, птицы, земноводные и т. д.

Точно так же возможна и группировка правовых систем современности в несколько видов, но 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.

На споры такого рода потрачено много чернил, но большого смысла в них нет. Понятию "правовая семья" не соответствует какая-то биологическая реальность, оно используется лишь в дидактических целях, чтобы выявить сходства и различия систем действующего права. При таком подходе каждая из классификаций имеет свое достоинство. Все зависит от того, что хотят изучить, и от основных поставленных целей. Нельзя прибегнуть к одной и той же классификации и тогда, когда изучение идет в общемировом масштабе, и тогда, когда оно ограничено европейскими рамками. Когда вещи рассматривают с юридических позиций, они выглядят по-иному, чем при социологическом подходе. Различными окажутся классификации и в зависимости от того, берется за основу частное или публичное право.

В соответствии со сказанным выше мы отказываемся от полемики с авторами, предложившими свои классификации. Мы подходим к проблеме прагматически и ограничимся тем, что кратко подчеркнем существенные признаки, которые позволяют выделить в современном мире три главные группы правовых систем: романо-германскую правовую семью, семью общего права и семью социалистического права.

Как ни значимы эти семьи и как ни широка сфера их распространения, ими не ограничен весь современный юридический мир. Наряду с установками, которые выражают эти семьи, или в сочетании с этими установками во многих странах господствуют другие подходы к организации жизни общества. Мы укажем на некоторые принципы, предопределяющие эти иные подходы.

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 про западные тенденции.

Вне Европы относящиеся к романо-германской семье правовые системы обрели некоторые специфические черты, которые требуют их разбивки по разным подгруппам. Во многих странах сумели "освоить"

европейское право. Но во всех этих странах существовала еще до рецепции собственная цивилизация, имевшая свои правила оценки поведения и свои институты. Рецепция поэтому во многих случаях была лишь частичной: определенная часть правоотношений (и особенно личный статус) регламентировалась традиционными нормами.

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 на 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. Следовательно, и здесь сохраняют свое значение соображения, высказанные выше в связи с романо-германской правовой семьей. 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 или 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, сблизилась. 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 и общего права юристами стран социалистического лагеря часто объединяются под общим термином "буржуазное право".

20. Семья социалистического права. Социалистические правовые системы составляют третью правовую семью, отличающуюся от двух первых. Правовые системы стран, входящих ныне в социалистический лагерь, ранее принадлежали к романо-германской правовой семье. Они сохранили ряд черт, которые мы отмечали, говоря о романо-германской правовой семье. Норма права там всегда рассматривается как общая норма поведения: сохранились в значительной степени и система права, и терминология юридической науки, основанной трудом европейских университетов и восходящей к римскому праву.

Однако наряду с некоторым сходством правовые системы

социалистических стран имеют такого рода отличия по сравнению с правом романо-германской семьи, на основании которых закономерно считать социалистические правовые системы, как это и делают юристы социалистических стран, отошедшими от романо-германской правовой семьи и образующими самостоятельную правовую семью. Руководители социалистических стран видят цель в создании общества нового типа, в котором не будет государства и права. По этой причине единственным источником социалистического права является революционное творчество законодателя, которое выражает волю народа, руководимого коммунистической партией. В соответствии с доктриной марксизма-ленинизма, являющейся официальной, законодатель стремится прежде всего создать новый экономический строй. Средства производства обобществлены. Сфера отношений между гражданами в этих условиях становится меньше, чем она была ранее. Частное право уступает господствующее место праву публичному.

Правовая семья социалистических систем родилась в СССР, где после революции 1917 года стало развиваться новое, оригинальное право. От советского права следует отличать правовые системы социалистических республик Европы и народных республик Азии, образующие самостоятельные группы. Эти правовые системы принадлежат к социалистической правовой семье, но в первой группе отмечается большее сходство с правом романо-германской семьи; что же касается второй группы, то надо выяснить, как новые концепции практически совмещаются с принципами цивилизации, которые господствовали здесь до эпохи социализма.

21. Иные правовые системы. Три рассмотренные правовые семьи (в каждой из них немало подвидов) являются, несомненно, основными в современном мире. Нет ни одной правовой системы, которая не позаимствовала бы те или иные элементы у одной из этих 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, порожденное наивным комплексом превосходства, не более чем простая гипотеза, не соответствующая реалиям, которые мы видим в современном мире. Конечно, все государства в какой-то мере заимствуют западные идеи, поскольку это представляется им необходимым для сохранения независимости и прогресса в развитии. Однако наши современники не склонны отказываться от представлений, которые еще недавно были общепризнанными в их странах. Все признают

техническое превосходство Запада, но ситуация меняется, когда речь идет о превосходстве западной цивилизации в целом. Мусульманский мир, Индия, Дальний Восток, Африка далеки от того, чтобы безоговорочно присоединиться к ней. Они в значительной мере остаются верны взглядам, в которых право понимается совсем иначе и не призвано выполнять ту же роль, что и в западных странах. И мимо этого факта не может пройти правовая картина современного мира, если она хочет быть реалистичной.

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, индусского и иудейского права; вторые -- это страны Дальнего Востока, Африки и Мадагаскара.

22. Мусульманское, индусское и иудейское право. Западному юристу нетрудно понять позицию ислама, индуизма и иудаизма в отношении права.

Известно, какие трудности всегда вызывало и продолжает вызывать определение права. Ни одно из данных определений не стало общепризнанным. Одна из основных причин этого -- острое разногласие между сторонниками и противниками естественного права.

Для одних право -- это не что иное, как совокупность действующих норм, применяемых судами. Именно так понимают ныне право в университетах разных стран, где преподается национальное право: французское, английское, болгарское или алжирское. Но такое правопонимание не является единственным. Другие видят в праве идеальную модель поведения и отказываются отождествлять его с нормами, которыми руководствуются частные лица, управленческие органы и суды в своем поведении и в своих решениях. До XIX века и европейские университеты почти полностью пренебрегали обычаями и национальным правом и учили идеальному праву (выводя его из римского права), считая лишь его достойным носить название "право". Равным образом 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. Исследователь западного общества может сконцентрировать свое внимание на законодательных нормах и судебной практике, то есть рассматривать это общество с точки зрения позитивного права. Но он может также избрать социологический подход и назвать правом все те нормы, которым следуют в практической жизни. Различие этих аспектов не приведет к большим несоответствиям, ибо речь идет об обществах, где достигнута большая степень соответствия между представлением о справедливости, позитивным правом и нравами. Совсем иная ситуация в других обществах, где нормы права западного образца фрагментарны, нестабильны, плохо скоординированы, а общие верования видят право не в законах, обычаях или судебной практике, а в чем-то ином.

По этим причинам, не вступая в полемику между позитивистами и сторонниками естественного права, мы выделяем мусульманское и индусское право среди основных систем современного права. Иудейское право, при всем интересе, которое оно представляет, оставлено нами в стороне, ибо сфера его влияния куда более ограничена.

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.

На Западе, в странах ислама, в Индии к праву относятся как к опоре социального строя, необходимому средству его охраны. Разумная организация общества включает в себя примат права. Люди должны жить в соответствии с правом, а если они лишены такой возможности, то бороться за торжество права. Власти также должны соблюдать нормы права, а суды - обеспечивать уважение к праву. Право -- это зеркало справедливости. Его отсутствие ведет к произволу, анархии, господству силы. Право -- это объект уважения и почитания. Суды -- это храмы правосудия, в которых обитают уважаемые судьи.

Странам Дальнего Востока несвойственно такое видение. 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.

Весь Дальний Восток традиционно придерживается именно такого взгляда, выразив его в формуле "право хорошо для варваров". Коммунистический режим в Китае и вестернизация Японии не изменили существенно этого взгляда, укоренившегося в сознании людей. В Японии действуют кодексы, созданные по европейской модели, но население, как правило, мало обращается к ним, равно как и к правосудию. Сами же 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.

#### Часть первая РОМАНО-ГЕРМАНСКАЯ ПРАВОВАЯ СЕМЬЯ

25. Характеристика романо-германской правовой семьи. Первой семьей, с которой мы встречаемся в современном мире, является романо-германская правовая семья.

Романо-германская правовая семья имеет длительную историю. Она связана с правом Древнего Рима, но более чем тысячелетняя эволюция значительно отделила не только материальные и процессуальные нормы этого права, но и саму концепцию права и правовой нормы от того, что было признано во времена Августа и Юстиниана. Романо-германские правовые системы как бы продолжают римское право, они результат его эволюции, но никоим образом не являются его копией. Последнее тем более верно, что многие их элементы имеют иные источники, нежели

римское право.

В настоящее время романо-германская правовая семья рассеяна по всему свету. Она вышла далеко за пределы бывшей Римской империи и распространилась на всю Латинскую Америку, значительную часть Африки, страны Ближнего Востока, Японию, Индонезию. Эта экспансия объясняется частично колонизацией, частично -- теми возможностями, которые дала для рецепции юридическая техника кодификации, общепринятая романскими правовыми системами в XIX веке. Широкое распространение данной семьи и сама техника кодификации мешают увидеть элементы единства, связывающего эти различные правовые системы, которые на первый взгляд носят сугубо национальный характер и полностью отличны одна от другой. Последующие части книги, которые мы посвятим англосаксонскому праву и социалистическому праву, помогут осознать единство, которое тем не менее вопреки первому впечатлению действительно существует между многочисленными и столь различными системами романо-германской правовой семьи.

Как и в других правовых семьях, это единство не исключает, разумеется, известных различий. Возникает вопрос, не следует ли в этой связи выделить внутри романо-германской правовой семьи некоторые подгруппы:

латинские, германские или скандинавские, латиноамериканские правовые системы и т. д. Этот вопрос рассматривается в каждом из последующих разделов, посвященных историческому формированию романо-германской правовой семьи (что необходимо для понимания ее современного характера), ее структуре, наконец, системе ее источников и применяемых методов. Раздел первый **ИСТОРИЧЕСКОЕ ФОРМИРОВАНИЕ СИСТЕМЫ**

26. План. Романо-германская правовая система сформировалась в континентальной Европе; здесь и сейчас ее главный центр, несмотря на то, что вследствие экспансии и рецепции многочисленные неевропейские страны присоединились к этой системе или позаимствовали у нее отдельные элементы.

Датой, когда с научной точки зрения появилась система романо-германского права, считается XIII век. До этого времени, вне всякого сомнения, существовали элементы, с помощью которых создавалась система; но тогда было еще рано говорить о системе и, может быть, даже о праве. Поэтому первым периодом можно считать период, предшествующий XIII веку, когда собирались материалы, но еще отсутствовали попытки синтезировать их и когда не было даже какой-либо системы. Второй период

начался с возрождения изучения римского права в университетах -- с этого существеннейшего события, значение и важность которого мы покажем позднее. В течение пяти веков в системе господствовала доктрина, под определяющим влиянием которой эволюционировала и правовая практика в различных государствах. Доктрина подготовила вместе со школой естественного права наступление следующего периода, в котором мы находимся и в настоящее время,-- периода, где преобладает законодательство. В третьей главе исследуется распространение романо-германской правовой системы вне Европы, на других континентах. Глава I. ПЕРИОД ОБЫЧНОГО ПРАВА

27. Закат идеи права. Что собой представляло европейское право до XIII века? Существовавшие тогда элементы, с помощью которых позднее была создана романо-германская правовая система, носили характер обычного права. Римская империя знала блестящую цивилизацию, и римский гений создал юридическую систему, не имеющую прецедентов в мире. Мы не будем описывать ни эту систему, ни ее историю. В рассматриваемый период, то есть в начале XIII века, Римская империя не существовала уже многие века. Со времен варварских нашествий римляне, с одной стороны, и варвары -- с другой, продолжали некоторый период жить каждый по своим законам. После обращения варваров в христианство образ жизни населения мало-помалу начал сближаться; произошло их частичное слияние, и вместе с рождающимся феодализмом на смену примитивному принципу личного закона пришли и территориальные обычаи.

Существуют некоторые документы, к которым мы можем обратиться, чтобы познакомиться как с состоянием римского права, так и с состоянием права варваров. Компильции Юстиниана (Кодекс, Дигесты, Институции, опубликованные с 529 до 534 года, дополненные серией Новелл) на Востоке и частично в Италии, Молитвенник Алариха (506 год) во Франции и на Иберийском полуострове представляют римское право. Начиная с VI века большинство германских племен уже имело свои законы ("законы варваров"). Процесс создания этих законов продолжался до XII века, охватывая различные нордические и славянские племена.

Эти документы, однако, позволяют узнать очень мало о праве, которое применялось в Европе в XII веке. "Законы варваров" регулировали только самую незначительную часть тех общественных отношений, которые мы считаем в настоящее время регулируемыми правом. Римские компильции, даже в их упрощенном издании Алариха, очень скоро оказались слишком сложными. Право ученых, которое мы находим в этих компильциях, было

модифицировано и заменено на практике вульгарным правом, которое и применялось спонтанно населением. Никто не стремился письменно зафиксировать нормы этого права, которые имели лишь местное значение. В Италии (Эдикт Теодориха, 500 год) и в Испании (Фуэро Ююзо, 654--694 годы) остготские и вестготские вожди попытались составить единые своды норм, применявшихся к их подданным как германского, так и латинского происхождения. Но эти попытки были сведены на нет вследствие нашествия ломбардцев в Италию (565 год) и арабов в Испанию (711 год). За исключением этих попыток, власти не пытались более письменно зафиксировать существующее право; они ограничивались вмешательством по тому или иному конкретному вопросу, главным образом в области публичного права (капитуляры франков). Частная инициатива не восполняла их бездействия.

Для чего было знать и уточнять правовые нормы, если успех дела зависел от таких средств, как суждение божье, клятвы сторон, процедура очищения, судебное испытание, или просто от произвола местной власти? Для чего добиваться судебного решения, если никакая власть, располагающая силой, не обязана и не готова предоставить эту силу в распоряжение выигравшего процесс? Во мраке позднего средневековья общество вернулось к более примитивному состоянию. Право еще существовало; об этом говорит наличие институтов, призванных создавать право (рашимбурги у франков, скандинавские лагманы, исландские эосагари, ирландские бреоны, англосаксонские визаны). Но господство права прекратилось. Между частными лицами и между социальными группами споры разрешались по закону сильного или произвольной властью вождя. Несомненно, более важное значение, чем право, имел в эту эпоху арбитраж, который стремился не столько предоставить каждому то, что ему принадлежит по справедливости, сколько сохранить солидарность группы, обеспечить мирное сосуществование между соперничающими группами и установить мир в обществе. Отброшен сам идеал общества, основанного на праве. Христианское общество основывалось скорее на идеях братства и милосердия. Святой Павел в своем первом послании коринфянам рекомендовал верующим подчиниться посредничеству своих пасторов или своих святых братьев, а не обращаться в суды. Святой Августин защищал тот же тезис. Немецкая пословица XVI века гласит: "Юристы -- плохие христиане"; хотя ее применяли преимущественно к романистам, поговорка тем не менее относится ко всем юристам: само право считалось плохой вещью.

28. Возрождение идеи права. Создание романо-германской правовой

семьи связано с возрождением, которое произошло в XII и XIII веках на западе Европы. Это возрождение проявилось во всех планах; одним из его важных аспектов был аспект юридический. Новое общество вновь осознало необходимость права; оно начало понимать, что только право может обеспечить порядок и безопасность, которых требует божественный замысел и которые необходимы для прогресса. Идеал христианского общества, основанного на милосердии, был отброшен, равно как и идея создания на Земле града божьего. Сама церковь стала более отчетливо различать религиозное общество верующих и светское общество, суд совести и правосудие и создала в эту эпоху каноническое частное право. В XIII веке уже перестали смешивать религию и мораль с гражданским порядком и правом; за правом вновь была признана его собственная роль и автономия, которые отныне стали характерными для западных образа мысли и цивилизации.

Идея, что общество должно управляться правом и подчиняться нормам разума, не была совершенно новой. В отношениях между частными лицами она допускалась римлянами. Но возврат к этой идее в XII веке -- революционный шаг. Философы и юристы требовали, чтобы общественные отношения были основаны на праве и чтобы был положен конец режиму анархии и произвола, царившему в течение веков. Они хотели нового права, основанного на справедливости, постигнуть которую позволяет разум; они одновременно осуждали произвол и отвергали обращение в гражданских отношениях к сверхъестественному. Это движение в XII и XIII веках столь же революционно, как в XVIII веке движение за замену личной власти демократией или движение XX века, которое стремится заменить анархию капиталистического строя марксистской общественной организацией. Гражданское общество должно основываться на праве: право должно обеспечить в гражданском обществе порядок и прогресс. Эти идеи становятся господствующими в Западной Европе в XII и XIII веках и будут там безраздельно царить вплоть до наших дней.

Зарождение романо-германской правовой системы в XII и XIII веках никоим образом не является результатом утверждения политической власти или централизации, осуществленной королевской властью. Этим романо-германская правовая система отличается от английского права, где развитие общего права было связано с усилением королевской власти и с существованием сильно централизованных королевских судов. На Европейском континенте ничего подобного не наблюдалось. Система романо-германского права, напротив, утверждается в эпоху, когда Европа не только не составляет единого целого, но сама идея такого рода кажется

несбыточной. В эту эпоху становится очевидным, что усилия папства или империи не приведут к восстановлению в политическом плане единства Римской империи. Система романо-германского права никогда не основывалась ни на чем ином, кроме общности культуры. Она возникла и продолжала существовать независимо от каких-либо политических целей; это важно подчеркнуть.

Основным источником, откуда распространились новые идеи, благоприятствуя тем самым возрождению права, стали возникшие в Западной Европе очаги культуры. Главная роль при этом принадлежала университетам, из которых первым и наиболее известным был Болонский университет в Италии. Поэтому важно знать, какие цели ставили перед собой университеты и как они в течение веков выработали право ученых, ставшее, несмотря на границы между государствами, общим для всей Европы. Мы исследуем в дальнейшем применявшееся судами вульгарное право, которое менялось от государства к государству и от района к району, и увидим, как оно в той или иной мере подверглось влиянию права ученых, преподававшегося в университетах.

#### Отдел I. Общее право университетов

29. Право -- модель социальной организации. В университетах не преподавали "практическое право". Университетский профессор учил методу, позволявшему создавать самые справедливые по содержанию нормы, более всего соответствующие морали и благоприятствующие нормальной жизни общества. Он видел свою роль не в том, чтобы описывать существующую практику или давать практические советы, как эффективно реализовать правовые нормы.

В университетах право рассматривалось как модель социальной организации. Его изучение не было акцентировано на судебном разбирательстве или исполнении вынесенных решений: оно оставляло в стороне процессуальные процедуры, доказательства, способы исполнения, отдавая их на откуп административной регламентации и практическим установкам. Университетская наука обращена к праву в его связи с философией, теологией и религией, она указывает судьям, как решать дела на основе справедливости, предписывает правила, которым добропорядочные люди должны следовать в своем социальном поведении. Право, как и мораль, -- это должное (то, что нужно делать), а не сущее (то, что практически происходит). Возможно ли преподавание морали, ограниченное описанием того, что человек обычно делает, без указания на то, как следует поступать и жить? Это справедливо и в отношении права.

Можно ли было вообще вести в средние века такое преподавание

права, которое базировалось бы на том, что мы сегодня называем позитивным правом? Ведь в большинстве стран оно находилось в хаотическом, неопределенном состоянии, было чрезвычайно раздробленным, иногда варварским. Италия и Франция, где появились новые формы изучения права, не имели своего национального права; в этих странах, где не было еще единого общепризнанного суверена, продолжал господствовать феодальный режим. Такое же положение имело место в Испании и Португалии, где короли лишь возглавляли всегда непрочные союзы, направленные против мусульман. В Англии общее право в то время еще только начало складываться и наступать на местные обычаи. Под угрозой остаться местными школами процессуального права, не имеющими ни авторитета, ни престижа, ни средств, университеты должны были преподавать что-то иное, нежели местное право. Более того, именно чтобы подняться над этим местным правом, выйти за рамки отсталого позитивного права, и были возрождены исследования римского права. Ни один европейский университет не мог, таким образом, взять в качестве основы преподавания позитивное (местное или региональное) право, так как в глазах университета оно не выражало справедливости и, следовательно, не было правом.

30. Престиж римского права. В противовес разнобою и несовершенству местных обычаев существовало право, пригодное для изучения и восхищавшее всех -- и профессоров, и студентов. Это было римское право. В то же время с этим правом легко было ознакомиться: кодификации Юстиниана излагали его нормы на языке, который церковь сохранила и упростила, на языке, которым пользовались все канцлерства и все ученые, -- на латыни. Римское право было правом блестящей цивилизации, простиравшейся от Средиземного моря до Северного, от Византии до Бретани, вызывавшей в душе современников похожее на ностальгию чувство единства, утраченного христианским миром.

Римское право, которым руководствовалась церковь и которое было основой канонического права, внесшего в него лишь небольшие дополнения и обновления, длительное время подвергалось критике. Говорилось, что оно создано языческим миром, было плодом цивилизации, которая не знала Христа, что оно связано с философией, противоречащей взглядам Евангелия, святых отцов церкви и христианства.

Построить общество на основе римского права, принять его за образец -- не было ли это нарушением божественного закона, поисками справедливости за счет и в ущерб милосердию?

Фома Аквинский в начале XIII века положил конец этой критике. Его

труды, использующие труды Аристотеля и показывающие, что дохристианская философия, основывавшаяся на разуме, в значительной степени соответствовала божественному закону, способствовали "изгнанию чертей" из римского права.

Творчество Фомы Аквинского знаменовало окончательный отказ от всяких попыток построить гражданское общество по апостолическому образцу, основанному на милосердии. С трудами Фомы Аквинского исчезло последнее препятствие на пути возрождения изучения римского права.

31. Преподавание национального права. Основой преподавания права во всех университетах Европы стало, таким образом, римское право и наряду с ним каноническое право. И лишь значительно позднее в университетах начали преподавать национальное право. Шведское право преподается в Уппсале с 1620 года, кафедра французского права была создана в Сорбонне в Париже в 1679 году. Но в большинстве стран национальное право начали преподавать в университетах лишь в XVIII веке: в 1707 году--в Виттенберге, первом университете, где преподавалось немецкое право; в 1741 году -- в Испании; в 1758 году-- в Оксфорде и в 1800 году-- в Кембридже в Англии; в 1772 году -в Португалии. До XIX века и до периода национальных кодификаций римское право преподавалось во всех университетах, и его изучение составляло основу образования; преподавание же национального права имело второстепенное значение. Нужно ясно отдавать себе отчет во всех этих фактах, в бесспорно первостепенном значении изучения римского права во всех университетах в течение многих веков. Этот феномен возрождения изучения римского права вышел по своему значению за рамки Болонского университета, с одной стороны, и за пределы XII и XIII веков -- с другой.

32. Модернизация пандектного права. Преподавание римского права в университетах претерпело определенную эволюцию; ряд школ, каждая со своими задачами и своими собственными методами, сменяли друг друга. Первая из них -- школа глоссаторов -- стремилась установить первоначальный смысл римских законов. Многие разделы кодификации Юстиниана были к тому времени забыты, поскольку они говорили или об уже исчезнувших отношениях (например, рабстве), или об отношениях, регламентацию которых взяло на себя каноническое право церкви (браке, завещании). Итогом работы представителей этой школы явился в XIII веке обобщающий труд Аккурсия, в который вошло около 96 тысяч глосс. Со школой постглоссаторов в XIV веке связана новая тенденция. Эта школа провела совершенно другую работу: римское право было очищено и

подвергнуто переработке. Таким образом оно было подготовлено для совершенно нового дальнейшего развития (торговое право, международное частное право) и в то же время систематизировано и приведено в состояние, резко контрастирующее с хаосом дигест и с казуистическим и эмпирическим духом юрисконсультов Рима. Отныне юристы стремились практически использовать римское право, приспособить его решения к новым условиям. В XIV и XV веках под названием "usus modernus Pandectarum" в университетах преподается римское право, сильно видоизмененное под влиянием канонического права. В соответствии со схоластическим методом при решении различных проблем делались ссылки на мнения Бартола, Бальда, Азо и других постглоссаторов; существенное место занимали также попытки опереться на "общее мнение сведущих" (*communis opinio doctorum*).

33. Общее право Европы и английское общее право. Описанная выше эволюция помогает понять, что же такое романо-германская правовая система. Эта система -- величественное здание, воздвигнутое европейской наукой,--стремится показать юристам цели их деятельности, словарь и методы, ориентировать их в поисках справедливых решений. Это творение университетов нельзя понять, не обратившись к понятию естественного права. Все относящиеся сюда школы стремились найти, опираясь на римские тексты, самые справедливые нормы, правила, соответствующие такому общественному порядку, который отвечает самой природе вещей. Университеты не претендовали на создание позитивного права, они не были уполномочены устанавливать нормы, которые судьи и юристы-практики во всех странах должны и обязаны применять. Эти характерные черты романо-германской правовой системы особенно интересно отметить в наше время, когда вновь стали говорить о Европе и о европейском праве. Романо-германская правовая система объединила народы Европы, уважая при этом и существующие между ними различия, без которых Европа не была бы тем, чем она является, и той, какой мы хотим ее видеть.

Общее право (*jus commune*) континентальной Европы всегда существенно отличалось по своей природе от английского общего права (*common law*), которое представляет собой единое право, применяемое королевскими судами в Англии. Следует отметить также гибкость общего европейского права, связанную с его природой и с его авторитетом, основанным только на убеждении. Негибкость английского общего права как системы позитивного права, основанном на процессуальных правилах, привела к необходимости создания в Англии норм, именуемых нормами справедливости, призванных дополнять и исправлять общее право. Такая

необходимость никогда не чувствовалась в странах романо-германской правовой семьи, и поэтому во всех этих странах не существует основного подразделения английского права на общее право и право справедливости. Идея строгого права, которое не будет "справедливым", противоречит самой концепции права в том виде, как ее понимали в университетах. Совершенно очевидно, что они не могли предлагать такое строгое право в качестве образца: в их глазах оно не является правом.

34. Школа естественного права. Систематизированное и приспособленное юристами к нуждам нового общества право, преподававшееся в университетах, начиная с эпохи постглоссаторов все более и более отходит от права Юстиниана. Оно становится систематизированным правом, основанным на разуме и предназначенным в силу этого для всеобщего применения. Забота об уважении римского права уступает в университетах место стремлению установить и изложить принципы права, являющиеся во всех отношениях выражением рациональных начал. Новая школа, именуемая доктриной естественного права, побеждает в университетах в XVII и XVIII веках.

Эта школа во многих существенных отношениях отличается от постглоссаторов. Она отказалась от схоластического метода, стремилась, подражая точным наукам, видеть в праве логическую аксиоматизированную систему. Она отходит от идеи естественного порядка вещей, основанного на воле бога, ставит в центр любого общественного строя человека, подчеркивая его неотъемлемые "естественные права". Отныне в юридической мысли воцарилась идея субъективного права.

Вопреки своему неудачному наименованию школа естественного права видела в праве не какое-то естественное явление (как продиктованная богом природа вещей у постглоссаторов), а творение человеческого разума, признанного отныне единственной направляющей право силой. В эпоху господства философии просвещения юристы вдохновлялись идеей универсализма и стремились к созданию таких норм справедливости, которые образуют всеобщее неизменное для всех времен и народов право. Эти установки усилили тенденцию к слиянию местных и региональных обычаев. Выдвижение на первый план разума как силы, творящей право, подчеркивало новую важную роль, отводимую закону, и открывало путь к кодификациям.

Естественно-правовая школа полностью обновила науку права и ее методы, чему способствовали ее аксиоматические установки и подчеркивание роли законодательства. Что же касается материального

содержания права, то итоги деятельности этой школы различны в частном праве, с одной стороны, и в публичном -- с другой.

В области частного права школа естественного права отнюдь не была революционной. Она не отказалась от решений, восходивших к постглоссаторам. Такие решения можно встретить у Греция, Дома, Стэйра в Шотландии, Гуго -- в Германии, с той оговоркой, что эти решения соответствуют "разуму". Школа естественного права требовала лишь, чтобы нормы римского права применялись там, где это уместно, и в той мере, в какой они не противоречили разуму, справедливости, сознанию и потребностям общества, каким оно было в XVII--XVIII веках. Таким образом, для школы естественного права характерен не отказ от римского права, а новый, более прогрессивный подход к его применению и толкованию. Она отрицательно относилась к действовавшим в Италии, Испании и Португалии нормам, предписывавшим в обязательном порядке следовать "общему мнению сведущих", и, наоборот, поддерживала позицию тех стран, в которых, как во Франции, римское право действовало лишь в той мере, в какой оно выступало как "писанный разум". В области частного права естественное право не предложило практике никакой системы вместо римского права; оно занималось лишь деталями -- согласованием его решений, а в случае необходимости и их модернизацией, но не созданием новых основ частного права.

В области публичного права все обстоит совершенно иначе. Здесь римское право не могло служить образцом. И школа естественного права, в дополнение к давней деятельности университетов, предложила модели конституции, административной практики, уголовного права, выводимых из "разума". Эти разумные модели в значительной степени были созданы по английскому образцу, так как английское право, не выдерживавшее сравнения в области частного права с римским правом, возникнув для регулирования отношений между Коронай и частными лицами, лучше, чем какое-либо другое право, примиряло нужды администрации и полиции со свободой подданных.

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

## Отдел II. Национальное и региональное право

35. Возврат к идее права. Движение за возрождение римского права, развернувшееся в университетах, было, как и все идейные движения, подвержено одной опасности -- остаться академическим. Университеты

проповедовали новую систему общественной организации; они учили, что гражданское общество должно управляться правом, и утверждали, что лучшим, единственно мыслимым правом является римское право. Оставалось лишь убедить в этом население, правителей и особенно судей, от которых главным образом и зависело в ту эпоху не только само применение права, но и выбор применяемого права. В какой же мере идеи, преподаваемые в университетах, были восприняты и каким образом предлагаемая ими модель стала действующим правом в различных странах Европы?

Идея о том, что общество должно управляться правом, была признана в XIII веке. Очень важное событие со всей ясностью продемонстрировало испытываемую обществом той эпохи нужду в возврате идеи права: решение IV Вселенского собора в Латране в 1215 году запретило церковникам принимать участие в судебных процессах, где применялись ордалии, или так называемый божий суд. Это запрещение наметило решительный поворот. Гражданское общество не могло управляться правом до тех пор, пока исход судебного процесса зависел от обращения к сверхъестественным силам. Само изучение права было лишено всякого практического интереса, пока при разрешении спора использовалась инквизиционная система доказательств. В результате принятого IV собором в Латране решения, отвергнувшего эту систему доказательств, в континентальной Европе был введен новый, рациональный процесс по образцу канонического права. Это открыло путь к господству права.

Возрождение идеи права -- один из аспектов эпохи Возрождения XII--XIII веков. Решение Латранского собора четко выражает новые идеи и требования. Однако оно не показывает, как обрести вновь идею права и на каких основах будет создано новое право.

36. Возможности, открывшиеся для эволюции права. Университеты, в которых возрождалось изучение римского права, предлагали одно решение: вновь ввести в действие римское право. Однако возможно было и другое решение:

создать новое право на основе существующих обычаев или -- за отсутствием таковых -- на основе судебной практики. Можно было взять полностью готовое право и принять его; но можно было и создать по мере необходимости что-то совсем новое. Второе решение, как мы знаем, возобладало в Англии, где была создана новая система права -- система общего права. Особые условия Англии помешали судам рассматривать право в том плане, как это предлагали университеты. Система права, проповедуемая университетами, не была принята, в частности, потому, что

английский процесс не позволял всесторонне рассматривать право под углом зрения морали и политики. Римское право было, может быть, само по себе наилучшим правом, которое и следовало бы применять, но для Англии это оказалось невозможным.

Следует также отметить попытку школы права, которая в Павии предложила в качестве образца не римское право, а ломбардское. Эта попытка, однако, не удалась. Ломбардское право сохранило свою силу и в известной степени распространилось в Италии, но не перешло границ этой страны, и никакой университет, кроме Павийского, не принял его в качестве основы преподавания.

В странах континентальной Европы в отличие от Англии было принято решение, предлагавшееся университетам. Отсюда и ведет свое начало романо-германская правовая семья: в эту семью входят страны, в которых способы создания позитивного права и его содержание испытали сильное влияние университетского права.

37. Судебная организация и процесс. В отличие от того, что произошло в Англии, процессуальные факторы не только не помешали, но, наоборот, способствовали романизации права в Западной Европе. После IV Латранского собора и заимствований из канонического права в странах этого региона утвердилась новая форма процесса, более рациональная, но одновременно и более сложная, не устная, а письменная. Ее появление повлекло серьезные реформы в судебной организации. Постепенно ушла в прошлое каролингская система, когда судья выступал лишь как руководитель процесса, а то, какой обычай должен применяться, определяли эшеваны, и они же выносили решение. Отправление правосудия в XIII--XVI веках становится делом юристов, получивших университетское образование на основе римского права.

Складывавшееся таким путем право имело значительное влияние, что легко объяснимо условиями той эпохи. Право в средние века не имело полноты и стабильности, какие оно приобрело в наше время. Власть не брала на себя руководство его развитием. Право понималось как выражение справедливости (*id quod justum est*) и не отождествлялось с приказами суверена. Поэтому весьма важная роль в выработке и формулировании правовых норм ложилась на судебную практику, руководимую доктриной. В этих условиях модель права, которой учили в университетах, отнюдь не была идеальным мыслительным творением, оторванным от практики и не влиявшим на нее.

38. Возрождение изучения римского права и его рецепция. Каковы были размеры этого влияния и как оно осуществлялось?

Возрождение изучения римского права отнюдь не обязательно имело следствием повсеместное восприятие на практике предлагавшихся университетами решений. Следствием этого возрождения было прежде всего возвращение Европы к "чувству права", к уважению права, пониманию его значения для обеспечения порядка и прогресса общества. Это "чувство права" было потеряно в Европе после падения Римской империи, и здесь, как и на Дальнем Востоке или в примитивных обществах, большее значение, чем право, приобрели согласительные процедуры и поиски компромисса. Университеты показали ценность права и ту незаменимую роль, которую оно призвано играть в обществе. В этом состоит значение возрождения изучения римского права независимо от рецепции самого права. Была возрождена концепция, видевшая в праве основу гражданского порядка.

Кроме того, возрождение изучения римского права означало, что стали применять термины римского права, использовать принятые в нем структуру и понятия. Деление права на публичное и частное, классификация прав на вещные и личные, понятия пользования, сервитута, давности, представительства, найма были восприняты юристами, воспитанными на базе римского права.

Возрождение изучения римского права -- вот главное, что отмечает возникновение романо-германской правовой семьи. Страны, входящие в эту семью, -- это исторически те страны, в которых юристы и практики получали правовое образование в университетах, восприняли правовые концепции, взгляды и образ мыслей школы римского права.

Неважно, что основной практический материал -- действующие нормы -- они получали из местных, а не римских источников. Рецепция римских решений -- это совершенно иной вопрос, и он имеет второстепенное значение. Университеты никогда не стремились навязать то или иное римское решение, они никогда не были наднациональными учреждениями, уполномоченными применять право. Университеты просто учили, как нужно понимать право, и, исходя из норм римского права, стремились показать, какое, по их мнению; право было наилучшим и как можно его познать. Они стремились лишь убеждать, а не внедрять властно единообразные нормы.

39. Необходимая эволюция обычаев. Если верно, что возрождение изучения римского права следует отличать от самой его рецепции, то также верно и то, что в силу влияния университетов повсюду усилился и авторитет римского права как такового, а также непосредственно входящих в него и производных от него правовых норм.

Право, применявшееся на практике, в принципе не изменилось, но отныне к нему подходили более критично. Право не могло играть свою роль регулятора общественных отношений, не став действительно правом, не приобретая определенности, всеобщности применения на всей территории страны и справедливый характер в том смысле, как понимало справедливость в праве общественное мнение того времени. Для всего этого была нужна способность права приспособливаться к новым условиям, как того требует переходная эпоха.

Местные обычаи, меняющиеся от города к городу, были отброшены. Они были приемлемы лишь в условиях замкнутой экономики; их трудно было узнать, и трудно на них ссылаться. Местные обычаи сохранялись лишь в том случае, если в силу определенной перегруппировки они получили географически более широкую сферу применения и если была осуществлена компиляция, позволяющая легко ознакомиться с ними. В противном случае эти обычаи неизбежно были обречены на исчезновение; чаще всего на практике их заменяли правом ученых, университетов. Распространение римского права задерживалось лишь в том случае, если оно сталкивалось с крупными источниками обычного права (например, во Франции в XIII веке -- с трудом Бомануара, в Германии -- с "Саксонским зеркалом"). Можно было ограничить распространение римского права, создав новые законодательные компиляции, какими были в XIII веке в Испании *Siete Partidas*, или просто отредактировав обычаи, как это было сделано во Франции в середине XV века в ордонансе Монтие-Тур (1454 год).

Рассмотрим коротко эти компиляции, представлявшие собой отредактированные сборники или комментарии обычаев. Больше всего поражает фрагментарный характер этих компиляций, в частности французских. Как правило, там собраны лишь обычаи, касающиеся тех общественных отношений, которые существовали уже до XIII века: семейные отношения, земельный режим, наследование. В этих областях можно было сохранить старые нормы, но обычаи не давали никакой базы для развития новых отношений. Они были приемлемы, чтобы составить *jus civile* (право граждан), в узком смысле слова--право какого-либо определенного общества; но они не могли образовать *jus gentium* (право народов) и включить отношения, выходящие за территориальные границы применения обычаев.

Право, преподававшееся в университетах, не было связано ни с определенной территорией, ни с прошлым. Творение разума, оно стояло выше местных обстоятельств и традиций. Оно способно было дать

регламентацию отношений нового типа, в том числе с участием иностранцев. Обычай -- это право традиционалистских и закрытых обществ. Право университетов универсально и открывает путь к будущему. Это объясняет его распространение и его рецепцию.

40. Формы распространения общего для всех права. Распространение и влияние или рецепция? Обычно употребляются обе эти формулы, но нельзя сказать, что одна из них говорит о большей степени романизации, чем другая. Между правом, подлежащим в принципе применению, но знающим ряд исключений, и правом, которое применяется в качестве дополнительного средства для заполнения пробелов, практически нет значительной разницы. Важно лишь число исключений или объем той части местного права, которую римское право в случае необходимости заменяет на основе властных предписаний или убеждения.

Во Франции, например, римское право повсюду было принято в качестве "писаного разума" в силу его авторитета, а не потому, что за ним стоят какие-то властные начала. Король Франции являлся господином в своем королевстве и не признавал обязательной силы римского права. В качестве "писаного разума" оно находило свое применение и на юге страны -- в областях писаного права -- и на севере страны -- в областях обычного права.

В Священной империи римское право было реципировано в принципе и, таким образом, применялось как действующее право, за исключением некоторых областей, где рецепции не было и римское право имело лишь значение "писаного разума"; так было в швейцарских кантонах, в странах, где сохраняло свое действие "Саксонское зеркало". Что же касается фактического влияния римского права, то между этими частями империи нет большой разницы. То же самое можно сказать об Испании, где римское право было реципировано в Каталонии, а в Кастилии и Леоне действовало лишь в качестве "писаного разума".

Во Франции распространение римского права тормозилось наличием особой процедуры, которая позволяла суду найти обычную норму, подлежащую применению. С другой стороны, здесь еще в начале XIV века, до того как постглоссаторы занялись приспособлением римского права к новым условиям, был создан Большой королевский суд -- Парижский парламент, который оказался способен выполнить, хотя и на иной основе, ту же задачу. В Скандинавских странах распространение римского права также задержалось, ибо действовавшее право к этому моменту было уже унифицировано и обычай действовал на всей территории страны.

Иной была ситуация в Германии и Италии. Здесь не существовало никаких процедур, позволявших установить содержание обычаев, и от судей нельзя было ожидать их достаточно полного знания. В Италии в XIII веке часто прибегали к помощи странствующих судей, которых специально искали за пределами страны, полагая, что они будут независимы и беспристрастны. В Германии в XIV веке сложилась практика, приводящая к аналогичным результатам, -- так называемая пересылка дел. Судебная система выглядела тогда весьма хаотично -- только в Саксонии было более двух тысяч судов. Чтобы обеспечить надлежащее решение, дело посылали в один из университетов, расположенных далеко от суда, и получали от него ответ, как следует поступать. Подобная практика обеспечивала преобладание римского права, ибо дело в итоге решалось на основании не местных обычаев, а на "общем мнении сведущих" -- *communis opinio doctorum*.

41. Официальные и частные компиляции. Создававшиеся в XIII--XVIII веках в разных странах официальные и частные компиляции преследовали цель фиксации обычаев и в некоторых отношениях тормозили, хотя и слабо, распространение римского права.

В одних случаях редакторы обычаев только фиксировали их содержание; тогда их работа тотчас же выявляла имеющиеся пробелы, архаизмы и недостатки обычаев. Обычаи не могут претендовать на то, чтобы составить полную систему права, необходимую для регулирования новых отношений; они неизбежно носят характер "частного закона", поправки к системе, принципы которой надо искать вовне. Это относится, в частности, к сборникам французских обычаев второй половины XV и первой половины XVI века, составленным по приказу Карла VII.

В других случаях редакторы обычаев пытались представить их как достаточно полную систему, пригодную для всех обстоятельств: они могли добиться этого, лишь проведя новую творческую работу, которая фактически нередко являлась привнесением принципов римского права. Так было, например, с испанскими *Siete Partidas*. В этих компиляциях кастильский король Альфонс X Мудрый вернулся к испанской традиции "Книги судей" и хотел примирить нормы обычного права Кастилии, с одной стороны, и нормы римского и канонического права, проповедуемые университетами и церковью, -- с другой. В большей мере, чем другие компиляции той эпохи, эти носят реформистский характер. Они опередили свое время и поэтому, будучи составленными в 1265 году, лишь в 1348 году обрели силу закона на основании ордонанса Алькала. Их влияние распространилось, помимо Кастилии, на всю Испанию и всю Португалию,

и они в значительной степени способствовали романизации норм испанского и португальского права.

Простое желание представить обычай в качестве общерегионального неизбежно приводило его редакторов к необходимости отбросить частности местного характера. При выборе между несколькими решениями составители, несомненно, предпочитали решения, более всего соответствующие римским нормам.

По мере того как шло время, наука римского права все более и более становилась просто наукой права; римское право, преподававшееся в университетах, стало восприниматься как "писанный разум" всего христианского мира. Влияние римского права росло по мере того, как появлялись более поздние компиляции. Об этом со всей ясностью свидетельствует преобразование обычного и партикулярного права во Франции и в Германии. Единственное исключение составляют кодификации, которые были проведены в Норвегии (1683 год), Дании (1687 год), в Швеции и Финляндии (1734 год). Следует также особо оговорить эволюцию в православных странах, не имевших в то время университетов и оторванных от остальной части христианства.

42. Роль французского парламента. Рассмотрим более подробно, как в разных странах развивалось право под воздействием судебной практики.

Во Франции уже в конце XII века на местах, в судебных округах (бальяжах) и сенешальствах существовала хорошо организованная королевская юстиция. В середине XIII века происходит специализация в рамках Суда королевской курии. Парижский парламент и позднее провинциальные парламенты выступают как независимые суды, участвующие в управлении королевством. Они не были строго связаны обычаем или римским правом и могли основывать свои решения на различных источниках права. Их связь с королевской властью вообще давала им возможность отойти от буквы права и строить решение на справедливости. Французские судьи всегда чувствовали себя свободными в отношении университетов и преподававшегося там римского права. Наука - это одно, а управление страной -- другое. Французские парламенты стремились модернизировать право, но руководствовались при этом самыми различными факторами. Римское право в их глазах обладало престижем в определенных областях (например, договоры), и здесь следовали его установлениям. Но в целом во Франции к римскому праву относились лишь как к "писаному разуму", но не как к общему действующему праву. Таковым во Франции скорее считалась судебная практика парламента, о значимости которой свидетельствуют ее сборники.

В XVI и XVII веках стали особенно частыми такие решения -- прежде всего в области процесса и гражданского права,-- по которым можно было предугадать, как в будущем поступит парламент при таких же обстоятельствах. И вообще "прецеденты", на которые часто ссылались, играли в эту эпоху во Франции не меньшую, а даже большую роль, чем в тогдашней Англии. Имея в виду судебную практику парламентов, можно даже говорить о Франции XVIII века как о стране "общего обычного права", во многом отличного от римского права.

43. Немецкое частное право. Иной была ситуация в Германии. С XIII века в этой стране не было централизованной судебной системы. Имперский суд, обладавший весьма узкой компетенцией, не имел ни определенного местопребывания, ни постоянного состава судей, ни возможности приводить свои решения в исполнение. Активность нового суда -- Каммергерихта, основанного в 1495 году императором Максимилианом,-- также осталась ограниченной. В этих условиях судебная практика имела в Германии значение лишь в региональных масштабах, в рамках отдельных немецких государств. Она не смогла создать систему немецкого права, и тем самым была открыта дорога рецепции римского права.

Можно говорить лишь о немецком частном праве, да и то в значительно меньшей мере, чем применительно к Франции. Однако еще до рецепции римского права в Германии появилось новое право городов, замечательный пример которого дает Ганза. Часто статут одного города копировал статут другого. Сложился обычай при толковании статута обращаться за консультацией в суд того города, с которого был скопирован данный статут. Такая практика могла бы привести к частичному созданию общего немецкого права хотя бы в области торговли. Однако эта практика прекратилась в XVI веке, поскольку каждый немецкий князь желал обладать в своем государстве монополией на правосудие. Правда, в это же время городские суды оказались под контролем юристов.

В XVIII веке некоторые авторы пытались систематизировать германское право, противопоставив его праву, основанному на рецепции римского права. Но было слишком поздно. Римское право заняло прочные позиции, и попытка дероманизировать действовавшее в стране право и придать ему национальный характер не удалась.

Еще более типичен опыт исторической школы права в XIX веке, которая утверждала необходимость спонтанного развития права, подобного развитию нравов и языка и отражающего конкретно-исторический уровень цивилизации в каждой стране. Но в силу любопытной логики глава этой

школы Савиньи пришел к обоснованию рецепции римского права и даже к требованию более строгого применения римского права в Германии. По его мнению, признанными выразителями духа народа в области права являются юристы, которые хотят применять римское право. Замечание Салейля о том, что "желание устранить римское право при создании кодекса значило бы (в конце XIX века) создать немецкий кодекс без немецкого права", было совершенно верно: римское право стало в ту эпоху национальным правом Германии'. Часто говорят, что французский Гражданский кодекс содержит больше германских элементов, чем германское Гражданское уложение<sup>2</sup>. Бесспорно римское влияние и на австрийское Гражданское уложение 1811 года.

44. Латинские страны. Само собой разумеется, что римское право стало "общим правом" в таких странах, как Италия, Испания, Португалия. Здесь римское право и без рецепции представляло собой общепризнанный обычай... На Иберийском полуострове этому сильно способствовали *Siete Partidas*, оттеснившие местные обычаи, которые могли бы противостоять римскому праву.

Опасность состояла в другом, а именно в окостенении права в результате слишком большой привязанности к учениям постглоссаторов. Но под влиянием школы естественного права ситуация менялась. В Савойе в 1729 году и в Неаполе в 1774 году этот процесс был ускорен вмешательством законодателя, который запретил судьям ссылаться в обоснование их решений на "*communis omnia doctorum*". При отсутствии закона решения должны были основываться на разуме.

Аналогичный процесс прошел и в Португалии, где в 1769 году один из законов маркиза де Помбаля освободил судей от строгой обязанности следовать высказываниям Аккурсия и Бартола (что было предписано Ордонансами 1603 и 1643 годов). Отныне этими высказываниями надлежало руководствоваться только тогда, когда они соответствовали здравому разуму.

45. Законодательство. Нам осталось рассмотреть, какую роль играло в рассматриваемый период законодательство. В строго юридическом плане его роль была незначительна. Согласно представлениям, господствовавшим в средние века, право существовало независимо от приказов властей; суверен не был уполномочен ни создавать, ни изменять право. Суверен выполнял чисто административные функции; он мог вмешиваться только в целях организации и облегчения отправления правосудия, помогать формулированию права, которое он не создавал. Изданием ордонансов, эдиктов или путем такой административной практики, как приказы о

недействительности, суверен мог исправить некоторые судебные ошибки; он вправе был также создавать суды и регламентировать их процедуру. Строго говоря, суверен не создавал сам и законы. Эта концепция сохранилась и до наших дней в мусульманском праве. Суверен издает лишь указания по применению принципов права, которое создано независимо от него другими источниками.

Как следствие таких взглядов на законодательство, ордонансы, издававшиеся в Европе в рассматриваемый период, играли важную роль лишь в организации управления и вообще в сфере публичного права, включая уголовное право. Единственный более или менее значимый имперский акт в Германии--это Каролина (1532 год), говорящая об уголовном праве.

Что касается частного права, то значение законодательства здесь куда меньше. Далее модернизации обычаев власти не шли. Французские короли были заинтересованы в сохранении обычаев. Неправильно существующее мнение, будто они активно способствовали утверждению римского права как якобы помогавшего им в установлении и обосновании абсолютной власти. Даже позднее абсолютные монархи не считали себя свободными в возможности изменять нормы частного права. Они не поддержали имевших место попыток осуществить унификацию частного права. За все время до 1789 года можно насчитать не более дюжины ордонансов, затрагивавших сферы частного права'. Ордонансы XVI века (Виллье-Коттере, Мулэн) регламентировали процесс и доказательства. Ордонансы Кольбера в XVII веке ограничились сферой отправления правосудия (Ордонанс о гражданском процессе). Они лишь косвенно затрагивали частное право (ордонансы о торговле и мореплавании). Ордонансы Дагессо в XVIII веке имели своим объектом частное право, но им придан вид систематизированного изложения норм обычая; король и здесь не считал, что он по своей воле может изменить право.

Школа естественного права в XVIII веке порывает с этой традиционной концепцией. Она далека от того, чтобы признавать всемогущество суверена и считать законами приказы, принятые им единолично. Но она готова видеть в суверене законодателя; она признает за ним полномочия изменять право для исправления прошлых ошибок и придавать авторитет нормам, полностью соответствующим естественному праву. Под влиянием этих идей страны Европейского континента стали ориентироваться на новую форму кодификации, весьма отличавшуюся от предшествовавших компиляций. Кодификация подводит нас к новому периоду в истории романо-германской правовой семьи, к периоду, когда

функции создания и развития права осуществляет главным образом законодатель. Глава II. ПЕРИОД ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО ПРАВА

46. Создание публичного права. Школа естественного права добилась яркого успеха в двух направлениях. Прежде всего она заставила признать, что право должно распространяться на сферу отношений между управителями и управляемыми, между администрацией и частными лицами. Римское право формулировало различие между публичным и частным правом, но лишь для того, чтобы оставить публичное право в стороне. Сами же юристы предпочитали соблюдать осторожность и не вторгаться в эту опасную область'. Школа естественного права положила конец этому табу. Вопросы публичного права стали занимать юристов со значительным успехом в области уголовного права, со средним -- в области административного права и с весьма посредственным -- в области конституционного права. Тем не менее после XVIII века сложилось здание публичного права, которое по всем параметрам близко к традиционному частному праву.

47. Кодификация. Вторым направлением, где проявился успех школы естественного права, стала кодификация. Кодификация является естественным завершением концепции, лежащей в ее основе, и всего многовекового творчества университетов. В течение шести веков в университетах преподавалось право, преподносившееся как образец справедливости. С большой терпеливостью эта идея втолковывалась юристам, и в конце концов они прониклись убеждением в превосходстве этого образца и стали рассматривать местное право как пережиток прошлого обскурантизма. Почему же ныне, когда разум, достигнув расцвета, правит миром, не сделать образцовое право университетов, дополненное и уточненное школой естественного права, действующим реальным правом, применяемым на практике различными нациями? С этой точки зрения школа естественного права знаменует поворот в истории; впервые появляется желание сделать действующим правом идеальное право, преподаваемое в университетах. Можно сказать, что впервые возник интерес к позитивному праву. Впервые также стало допускаться, что суверен может создавать право и пересматривать его в целом. Правда, считалось, что эти полномочия даются суверену для закрепления принципов естественного права. Как говорил Комбасерес, речь идет о "создании кодекса, соответствующего природе, санкционированного разумом и гарантированного свободой". Однако, получив соответствующие полномочия, власть может уклониться от названной цели; законодатель может использовать ее для изменения основ общества, не заботясь о

"естественных правах".

Кодификация -- это техника, которая позволяла осуществить замыслы школы естественного права, завершить многовековую эволюцию правовой науки, четко изложив в отличие от хаоса компиляций Юстиниана право, соответствующее интересам общества. Это право и должно применяться судами.

Кодификация положила конец достаточно многочисленным юридическим архаизмам, правовому партикуляризму, множественности обычаев, мешавшей практике. Всем этим кодификация отличалась от официальных или частных компиляций предыдущих веков, которые могли вносить в право иногда полезные, но лишь частичные изменения, которые ни охватом проблем, ни масштабами применения не могли удовлетворить запросы школы естественного права.

Для того чтобы кодификация отвечала этим запросам, были необходимы два условия. С одной стороны, кодификация должна быть творением просвещенного суверена, не подвластного путам прошлого и желающего закрепить -- даже в ущерб привилегиям старого порядка -- новые принципы справедливости, свободы и достоинства индивидуума. С другой стороны, нужно, чтобы такая кодификация была осуществлена в крупной стране, оказывающей влияние на другие страны. Все это означает, что кодификация могла увенчаться успехом и обновить действующие системы лишь в тех условиях, в которых она и была осуществлена (во Франции в период наполеоновской экспансии, сразу же после революции, ассоциируясь тем самым с престижем идей 1789 года). Прусское Земельное уложение 1794 года не имело успеха, так как не было соблюдено первое из указанных выше условий. Австрийское Гражданское уложение 1811 года имело весьма ограниченное значение в силу отсутствия второго условия.

48. Достоинства кодификации. Часто считали, что кодификация была причиной расчленения европейского права, распада европейского юридического сообщества и романо-германской правовой семьи. Этот тезис нуждается в уточнении.

Следует напомнить, что право, преподававшееся в университетах до кодификации, не было правом, применявшимся на практике. Кодификация как таковая ни в какой мере не могла подорвать единство европейского права. Наоборот, распространение кодекса Наполеона способствовало ему'. Кроме того, кодификация явилась великолепным орудием для распространения как в Европе, так и вне ее системы романо-германского права. Мы еще вернемся к этому вопросу при изучении этой системы вне ее европейской колыбели.

49. Отрицательные последствия кодификации. Они не были связаны с ее принципами и должны были быть исправлены прежде всего самими юристами. Во Франции в 1804 году, в Германии в 1896 году, в Швейцарии в 1881--1907 годах при кодификации права, в первую очередь гражданского, упустили из виду университетскую традицию, которая заключалась в стремлении обучить поискам справедливого права, предложить правообразец, а не систематизацию или комментарии права той или иной страны или области. После принятия национальных гражданских кодексов складывается представление, что отныне право и закон совпадают и что университетам остается лишь толковать новые кодексы. Отказавшись от практического духа постглоссаторов и от смелости пандектистов, профессора права вернулись к школе глоссаторов, занявшись комментированием новых кодексов. Таким образом, кодексы вопреки идее, которая вдохновляла их создание, вызвали к жизни юридический позитивизм, усиленный национализмом. Отныне юристы стали считать правом их национальное право. Они занялись своими кодексами и перестали видеть, что право -- норма общественного поведения -- по своему существу является наднациональным.

50. Законодательный позитивизм и юридический национализм. Целью кодификации должно было стать изложение принципов обновленного общего права, приспособленного к условиям и нуждам XIX века. На место *usus modernus* она должна была поставить *usus nissimus Pandectarum*. Однако закат универсализма и национализм XIX века придали кодификации, во всяком случае временно, иной характер. Кодексы рассматривались не как новое изложение общего права, а как простое обобщение, новое издание "частного обычая", возведенного на национальный уровень. Вместо того чтобы видеть в кодексах новое выражение общего права, как это предполагали инициаторы кодификации, их рассматривали как средство придания праву "национального духа". В результате в Европе сама идея общего для всех права почти исчезла. Европейской драмой была не кодификация, а отказ от кодификации французского толка в Германии, а также позиция, занятая университетами после кодификации.

Кодификация и все последующее законодательное развитие повлекли за собой законодательный позитивизм и одновременно юридический национализм, в котором могла, казалось, потонуть идея о существовании юридической общности между европейскими нациями (а тем более неевропейскими) и романо-германской правовой семьей. Во всех европейских странах, правда в разной степени, право отождествлялось с

приказами суверена, но перестало отождествляться со справедливостью. Подобное изменение позиции проявилось, само собой разумеется, в каждой стране лишь после проведения национальной кодификации. Сами же кодексы, напротив, часто вырабатывались на основе сравнительного права, а иногда в качестве образцов для тех или иных кодексов использовались и кодексы других стран'. Эта практика свидетельствует о родственности всех правовых систем, составляющих романо-германскую правовую семью. С другой стороны, она отвергает доктрину, считавшую возможным замкнуться на национальном праве, отказавшись, таким образом, от своей постоянной роли -развивать юридическую науку и совершенствовать право.

51. Новые тенденции. В настоящее время этот кризис как будто бы находится в стадии разрешения. Кодексы устарели, и это ослабило, если не устранило, законодательный позитивизм XIX века. Мы все более открыто признаем ведущую роль доктрины и судебной практики в формировании и эволюции права, и ни один юрист не считает, что лишь законодательные тексты важны для знания права. Даже в области уголовного права, где действует принцип "нет преступления, если оно не предусмотрено законом", все более широкие полномочия предоставляются судьям или администрации по определению меры наказания и урегулированию его применения, что фактически ставит право в значительную зависимость от идей тех, кто призван его осуществлять. Наличие многочисленных международных конвенций и развитие сравнительного права заставляют судей все чаще и чаще интересоваться тем, как понимается или толкуется право в других странах. Таким образом, юридический национализм отступает, и можно полагать, что кризис, вызванный европейскими кодификациями XIX и XX веков, носил временный характер. Возрождение идеи естественного права, которое наблюдается в наше время, является на деле возрождением идеи единого права, обновлением сознания того, что право не следует понимать как нечто идентичное закону и имеющее в силу этого национальный характер.

С другой стороны, однако, очевидно, что право находится в состоянии кризиса. В давние времена были озабочены по преимуществу коммутативной справедливостью. Сегодня на авансцену вышла идея дистрибутивной справедливости. Как следствие этого акцент, который когда-то делался на отношениях между частными лицами и на частном праве, переместился теперь на публичное право. Главная роль в обеспечении нового типа справедливости в обновленном обществе отводится государству и управлению. Правовые понятия и техника,

которые еще недавно были вполне удовлетворительны, для реализации такой роли недостаточны. С их помощью можно ответить, что соответствует справедливости в отношениях продавца и покупателя, собственника и арендатора, издателя и автора. Для всех этих ситуаций имелись достаточно точные нормы. Значительно сложнее регламентировать и контролировать действия администрации, когда встает вопрос о выдаче разрешения на строительство, изъятии земель для общественных нужд, предоставлении кредита предприятию, разрешении иностранцу проживать в стране. При решении таких проблем настолько отсутствует определенность, что в пору даже задать вопрос, идет ли вообще здесь речь о праве. Ответ, разумеется, будет положительным, и задача права и юристов в том и состоит, чтобы установить конкретно, что требует от нас концепция справедливости, преобладающая в обществе. Не менее очевидно, что для разработки нового права, отвечающего современным концепциям, необходимо знать, каково положение вещей в других странах, то есть опереться на сравнительное правоведение.

52. Постоянное преобразование системы. Все сказанное выше выявляет ряд основных факторов, создающих единство романо-германской правовой семьи. Теперь надо дополнить их, отметив некоторые течения, которые в разные эпохи и в разных странах могли создать ощущение утраты этого единства и вызвать опасение, что какая-либо из систем, входящих в эту семью, выйдет из нее. Романо-германское право -- право живое, а это предполагает постоянные преобразования.

Определенные изменения, направленные на трансформацию системы, возникают сначала в одной стране или группе стран и лишь затем либо воспринимаются семьей в целом, либо отвергаются ею. Поэтому всегда существует известный разрыв между правовыми системами, входящими в семью; они оказываются как бы смещенными по отношению друг к другу. Право какой-либо страны, в котором проведен известный эксперимент или восприняты новые тенденции, может оказаться в какой-то момент в положении вырвавшегося вперед по отношению к другим странам. И в каждый из этих моментов встает вопрос, не подорвано ли единство семьи. Все зависит от того, воспримут другие страны изменения, внесенные в право данной страны, или нет, откажется сама страна от проводимого ею эксперимента, чтобы вернуться в рамки традиции, или нет.

При рассмотрении источников и структуры правовых систем Европейского континента мы будем иметь возможность обратить внимание на те различия, которые, таким образом, постоянно подрывают в глазах юристов глубокое единство романо-германской правовой семьи. Укажем на

несколько фактов, иллюстрирующих это непрекращающееся движение, этот постоянный разрыв, который характеризует и обуславливает саму жизнь данной системы.

53. Непостоянные исторические факторы различия. Даже в самом преподавании права в университетах сложились разные школы: галльская школа, с ее тенденцией к историзму, отличалась от итальянской школы, ориентировавшейся на применение правовых норм на практике;

иберийская школа выделялась своей консервативностью, а германская - стала основой возникновения школы пандектистов. Эти региональные тенденции могли, казалось, стать постоянной угрозой для единообразия европейского континентального права, однако это единство восторжествовало, и произошло это благодаря школе естественного права.

Триумф школы естественного права и идей кодификации вновь выдвинул вопрос о том, последуют ли другие страны примеру Франции в таком эксперименте, как наполеоновская кодификация; не станут ли кодексы причиной расчленения европейского права. Однако за редким исключением, право всех стран восприняло в конечном счете французскую форму кодификации. Таким образом, стало очевидным, что различие кодексов, подобное различию законов и обычаев прошлого, вовсе не влечет за собой распада романо-германской правовой семьи.

В то же время разрыв, который все же имелся в отношении сроков кодификации во Франции и в Германии, оставил определенные следы. В тот период, когда французские юристы занимались толкованием своих кодексов, немецкие юристы продолжали работы университетов над текстами римского права. В Германии восторжествовала новая школа -- школа пандектистов, которая привела к гораздо более высокому уровню систематизации римских принципов, чем прежде. Германское Гражданское уложение было составлено в конце XIX века на основе трудов пандектистов; отсюда и различие методов и стиля французского и немецкого гражданских кодексов. Эти различия, как мы видим, - продукт исторической случайности; сомнительно, что здесь таится источник постоянного противостояния французского и немецкого права. И совершенно неверно было бы на этой основе делать вывод о принципиальном различии между латинской и германской концепциями права. Такой вывод противоречил бы и истории, и тому факту, что правовые системы других "германских" стран (Австрии, Голландии, Швейцарии, Скандинавских стран) благодаря меньшей склонности к абстрактности более близки к французскому, чем немецкому, праву.

54. Латинские и германские правовые системы. Можно ли говорить о

группе латинских правовых систем (в которую наряду с французским правом входит право Италии, Испании и Португалии), отличающихся от систем немецкого права? Подобное предложение не встречает единодушной поддержки. Право различных латинских стран Европы, конечно, сходно между собой, хотя бы благодаря единой терминологии. Но между ними существуют и различия по многим вопросам. Эти различия вполне можно считать столь же значительными, что и различия между французским и немецким или шведским правом.

Существенные различия между Францией, Испанией, Италией и Португалией имеются в области конституционного и административного права, в режиме имущества супругов, в гражданском процессе.

Каждая из правовых систем континента по-своему оригинальна. Однако не следует переоценивать имеющиеся между ними различия. В конечном итоге их сходство весьма велико, особенно если рассматривать системы в целом. Поэтому без всякого опасения мы можем говорить о романо-германской семье, отказавшись от поисков в ней подгрупп. Таковые могут быть обнаружены, но лишь на уровне одной или нескольких отдельных отраслей права.

55. Отделение социалистического права. Различие экономической структуры и политических режимов, существующих в различных странах, ставили и ставят другую проблему. Единство правовых систем Европейского континента возникло и сохранилось в течение веков в очень разных странах, начиная со стран с феодальным режимом и кончая развитыми демократиями. Не следует, однако, исходя из этого факта, недооценивать риск, которому подвергается единство правовых систем в силу различия экономических структур и политических режимов. Единство исторически было основано на частном праве, и если оно устояло перед имеющимися экономическими и политическими различиями, то лишь потому, что частное право в значительной мере независимо от экономики и политики. Однако современное право -- это не только частное право: после Французской революции 1789 года возникло публичное право. Не следует закрывать глаза на тот факт, что единство романо-германской правовой семьи будет лишь частичным и рискует вообще остаться внешним, если оно ограничится рамками частного права и не распространится на публичное право. Такая опасность была всегда; она стала особенно серьезной сейчас, когда возрастающее значение публичного права зачастую ставит частное право во все большую зависимость от него.

Опасность разрыва особенно велика, когда в какой-либо стране устанавливается режим, который, не удовлетворившись переделкой имеющихся

правовых институтов, может дойти до отказа от самой концепции права, на которой основываются наши взгляды. Таков трагический период национал-социализма.

В наше время среди стран, которые в прошлом принадлежали к романо-германской правовой семье, очень серьезны различия между СССР и другими европейскими социалистическими странами, с одной стороны, и остальными странами континентальной Европы -- с другой. Это различие обозначилось настолько очевидно, что сейчас его можно рассматривать как настоящий раскол. Мы выделили советское право и право народных республик, как на этом настаивают юристы этих государств, в особую правовую семью, независимую от романо-германской. Тем не менее концепция права, существующая в СССР и народных республиках, не является полностью новой. Карл Маркс и В. И. Ленин сформировались как юристы в странах, входивших в романо-германскую правовую семью; их учение перекликается с юридическим позитивизмом, преобладавшим в XIX и сохранившим свое значение в XX веке, позитивизмом, который хотел видеть в праве выражение воли законодателя, высшего толкователя справедливости. Советские авторы развили эту идею, в то время как юристы Запада, напротив, выступили против нее и, чтобы возродить традиционную идею о тесной связи между правом и справедливостью, считали необходимым освободиться от установившейся в XIX веке связи между государством и правом. Советская мысль коренным образом отличается от нашей в видении будущего, где надеются создать общество без права. Однако для настоящего времени сохраняются государство, право, принцип законности, которые квалифицированы как социалистические. Право социалистических государств, как нам представляется, верно позитивистским концепциям, упадок которых наблюдается в Западной Европе. Представляется возможным, что через 50 или 100 лет расколотое ныне единство будет восстановлено. Глава III. ВНЕЕВРОПЕЙСКИЕ ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ

Колонизация крупных заморских территорий повлекла за собой распространение вне Европы романо-германского права. Форма кодификации, принятая в XIX и XX веках, благоприятствовала этой экспансии во многие другие страны.

56. Америка. Испанские, португальские, французские и голландские колонии в Америке, созданные в странах, практически необитаемых, или в странах, где местная цивилизация была обречена на исчезновение, естественно восприняли характерные правовые понятия романо-германской семьи. Сначала повсюду, кроме городов и некоторых центров,

применялось весьма примитивное право, что было связано с подчиненным положением стран и отсутствием юристов. По мере развития Америки право, применяемое практикой стало сближаться с правом ученых: с доктринальным правом, преподававшимся в университетах Америки и метрополии, затем с правом, инкорпорированным в кодексах, составленных по европейскому образцу. Вопрос об отказе от этой традиции никогда не стоял. Речь шла лишь о том, в какой мере особые условия Америки, очень отличающиеся от европейских, должны привести и практически привели к признанию или приданию известной оригинальности правовым системам Америки по сравнению с европейскими системами, входящими в романо-германскую правовую семью. В Мексике, Перу, Гватемале сохранился своеобразный аграрный режим индийских общин. Лицо, которое, по нашим теоретическим представлениям, является собственником земли, в действительности может быть не таковым, а лишь представителем общины, за счет и в интересах которой оно должно в соответствии с обычаем использовать землю. Жизнь на Гаити во многих сферах протекала в соответствии с обычаями, которые просто-напросто игнорировали формально действующее "ученое" право страны .

С другой стороны, возник вопрос относительно некоторых территорий Америки, которые некогда находились под испанским или французским господством, а сейчас входят в состав стран, где преобладает англосаксонское право, или стран, которые находятся под политическим влиянием страны этого права. Может ли при подобных обстоятельствах сохраниться традиционная принадлежность к романо-германской правовой семье? Отрицательный ответ на этот вопрос должен быть дан относительно бывшей Французской Луизианы (за исключением современного штата Луизианы -- бывшей территории Нового Орлеана, расположенной в устье Миссисипи). Бывшие испанские владения, ставшие сегодня штатами США (Флорида, Калифорния, Нью-Мексико, Аризона, Техас и др.), смогли сохранить лишь некоторые институты бывшего колониального права, и в наши дни они также стали странами англосаксонского права. Напротив, штат Луизиана, провинция Квебек, а также Пуэрто-Рико и сейчас остались верными традиции: здесь действует смешанное право, сохранившее в известной степени свою принадлежность к романо-германской правовой семье.

57. Африка и Мадагаскар. В результате колонизации романо-германская правовая семья получила распространение также в Черной Африке и на Мадагаскаре. В этих странах не существовало сколько-нибудь развитой системы права, появлению которой препятствовали

традиционные структуры. Само понятие права было привнесено туда колониальными державами. Государства, бывшие ранее колониями Франции, Бельгии, испанские и португальские владения вошли, таким образом, в состав франко-германской правовой семьи. Остров Маврикий и Сейшельские острова также в силу исторических причин принадлежат к этой семье, несмотря на то, что они входят в британское Содружество. Лишь будущая эволюция позволит нам установить, составляют ли правовые системы Черной Африки одну или несколько автономных групп внутри романо-германской правовой семьи.

Страны, входившие в состав Южно-Африканского Союза до их захвата Англией, находясь под голландским господством, принадлежали к романо-германской правовой семье. Однако романо-голландское право при англичанах пришло в упадок. Под английским влиянием были осуществлены изменения, которые позволяют считать сегодня право Южной Африки смешанным правом.

Северная Африка также принадлежит к романо-германской правовой семье, так как различные страны Северной Африки восприняли французские или итальянские законы в результате колонизации или под политическим и культурным влиянием Франции. Однако важную роль в этих странах продолжает играть мусульманское право.

58. Азия и Индонезия. Романо-германская правовая семья нашла приверженцев в совершенно различных районах Азии. Турция с эпохи Танзимата, начавшейся в 1839 году, для модернизации своего права использовала в качестве образца европейские кодексы. Она сохраняла верность мусульманской традиции в праве до войны 1914 года, но затем отказалась от нее. С тех пор она полностью принадлежит к романо-германской правовой семье. Что касается арабских государств, возникших на Ближнем Востоке вследствие распада Османской империи в 1918 году, то их эволюция напоминает скорее эволюцию Египта. Они сохранили и усилили с 1918 года юридические связи с Францией, оставленные им в наследство Османской империей и соответствовавшие их собственным наклонностям. Однако они не полностью секуляризировали свое право, как это сделала Турция, и в этих странах в отношении их граждан, исповедующих мусульманскую религию, широко действует мусульманское право. Особый случай представляет Израиль; в тот период, когда Палестина являлась английской подмандатной территорией, влияние общего права в значительной степени вытеснило здесь влияние ранее действовавшего франко-османского права. Аналогичное положение было в Ираке и Иордании, но отмена британского мандата повлекла за собой

восстановление романо-германской концепции права.

Аравийский полуостров ранее вовсе не испытывал романо-германского влияния. Формы его будущей модернизации пока неясны: трудно сказать, будет ли здесь преобладающим английское и американское экономическое влияние, столь сильное в Саудовской Аравии и различных эмиратах Персидского залива, или же более тесные связи с арабским миром ориентируют право этих стран на присоединение, хотя бы частичное, к романо-германской правовой семье. Не исключена также возможность присоединения права этих стран к социалистическим образцам (например, Народно-Демократическая Республика Йемен).

Иран, создавший кодификацию по французскому образцу, находился в таком же положении, что и Египет, Сирия или Ирак. Здесь до "исламской революции" существовало смешанное право, наполовину романо-германское, наполовину основанное на исламе.

На другом конце Азии романо-германская семья имела лишь временный успех в Китае до установления нового строя. Таково же положение во Вьетнаме и в Северной Корее. Тесные связи с романо-германской правовой семьей характерны для Японии, Тайваня, Южной Кореи.

Испанская колонизация привела к включению Филиппин в романо-германскую правовую семью. Однако пятьдесят лет американской оккупации привнесли новые элементы в филиппинское право и сделали его смешанным.

Право Цейлона -- Шри-Ланки -- также можно рассматривать как смешанное.

Индонезия, колонизированная голландцами, принадлежала в известной степени к романо-германской правовой семье. Однако концепции романо-германской правовой семьи сочетаются здесь с мусульманским правом и с обычным правом (адатом); поэтому и эту систему права можно считать смешанной. Раздел второй СТРУКТУРА ПРАВА

59. План. Правовые системы романо-германской семьи по содержанию существенно отличаются друг от друга, и особенно их публичное право, что связано с различиями в политической ориентации и степени централизации. Некоторые отрасли частного права также отражают разные подходы или уровни развития. При всех этих расхождениях материально-правовых норм правовые системы, которые мы рассматриваем, благодаря их структуре могут быть сближены и объединены в одну семью.

Чтобы убедиться в правильности этого утверждения, следует, во-

первых, обратиться к категориям, в соответствии с которыми систематизированы нормы права, и, во-вторых, изучить первичный элемент этих систем, то есть норму права, которая повсюду понимается одинаково.

## Глава 1. СТРУКТУРА И ПОНЯТИЯ

60. Публичное право и частное право! Во всех странах романо-германской правовой семьи юридическая наука объединяет правовые нормы в одни и те же крупные группы. Повсюду мы встречаемся с одним и тем же фундаментальным делением права на публичное и частное, которое основано на идее, очевидной для всех юристов этой семьи, а именно: отношения между правящими и управляемыми выдвигают свои, свойственные им проблемы и требуют иной регламентации, чем отношения между частными лицами. Общий интерес и частные интересы не могут быть взвешены на одних и тех же весах.

Добавим к этому, что уважение к праву куда легче внушить частным лицам (государство может играть здесь роль арбитра), чем государству--носителю власти.

В течение долгого времени деление "публичное право -- частное право" рассматривали в рамках учения, считавшего право "естественным порядком", независимым от государства и высшим по отношению к нему. Фактически при этом все внимание юристов было сконцентрировано на частном праве; занятие публичным правом казалось бесплодным и одновременно опасным. В Риме не было ни конституционного, ни административного права, и уголовное право обязано своим развитием тому, что регламентировало по большей части отношения между частными лицами (преступник и жертва или его семья) и, следовательно, не лежало полностью в сфере "публичного права".

Некоторые авторы, работающие на стыке права, политической науки и науки управления, давно уже делали попытки изучения норм публичного права. Однако поскольку речь шла о материях, тесно связанных с различными политическими режимами и национальными управленческими структурами, эти попытки не имели серьезного практического значения. Не составляло большого труда описать и даже подвергнуть критике действующие институты и дать правителям соответствующие рекомендации. Но такого рода работа уже по самой логике вещей существенно отличалась от того, что совершили университеты в области частного права.

Новые перспективы для развития публичного права открылись тогда, когда во многих странах восторжествовала доктрина, утверждавшая примат разума и существование естественных прав человека, что повлекло

создание в этих странах демократического режима. Тогда выявилась необходимость реализовать на практике то, что доселе было лишь идеалом: государство, не управляемое более монархом, помазанником божьим, должно было получить разумную организацию и при этом особенно важно было действенным образом оградить естественные права граждан от злоупотреблений власти. Еще более насущной стала эта потребность в XX веке, когда "полицейское государство" прошлого уступило место "государству благоденствия", стремящемуся создать новое общество и оказавшемуся перед лицом все возрастающего числа задач.

Остро встала проблема, каким образом удержать в рамках и проконтролировать эту многогранную деятельность, которая по логике вещей требует неограниченной власти. Органы управления руководят социальным и экономическим развитием страны, устанавливают ограничения права собственности, регламентируют профессиональную деятельность, выдают разрешения и лицензии, жалуют льготы. Как согласовать все это с принципами свободы и равенства, гарантии которых не менее важны? И как, не тормозя деятельность этих органов, обязать их учитывать частные интересы, защищаемые конституцией?

Как мы видим, возникают новые проблемы, и мы спрашиваем себя, а не относятся ли они не столько к праву, сколько к недавно возникшей науке управления. Эти новые проблемы наслаиваются на старые, которые в свою очередь приобретают новое звучание. Как сделать так, чтобы суды, учреждаемые государством и выносящие решения от его имени, оставались достаточно независимыми от политической власти? Как заставить государственную администрацию подчиняться судебной юрисдикции и выполнять выносимые ею решения? Чтобы публичное право действовало, нужен высокий уровень гражданской сознательности. Реализация этого права достижима, лишь если общественное мнение требует от правителей и администраторов подчинения дисциплине и контролю; она предполагает, что правители видят в управляемых граждан, а не подданных. Опыт показывает, что наибольшие трудности могут возникать тогда, когда администрацию побуждают принять меры элементарной справедливости или отказаться от явно неразумного проекта.

61. Слабости публичного права. Все указанные условия обеспечить было трудно; этого достигли в некоторых странах довольно поздно и весьма недостаточно.

Это можно продемонстрировать на примере Франции, несомненно являющейся страной, где административное право достигло наиболее высокой степени развития. То, что создано Государственным советом

Франции, с этой точки зрения достойно восхищения: данной модели следуют многие государства, и даже английские юристы отдают ей должное<sup>2</sup>. Тем не менее сколько недостатков и слабых мест можно найти в этом хваленном административном праве! Стремление не вмешиваться в сферу общих судов привело Государственный совет к отказу от контроля за судебной полицией. С другой стороны, полицейским властям предоставлены широчайшие полномочия по задержанию лиц, подозреваемых в деятельности, характер которой определен весьма туманно. В отличие от налагаемых администрацией санкций многие льготы, предоставляемые ею, не подлежат судебному контролю.

Административное право, как и уголовное право, в конечном счете в значительной степени применяется или не применяется по усмотрению администрации. Добавим к этому, что административные суды во Франции не считают себя правомочными давать какие-либо приказы администрации<sup>3</sup>; они ограничиваются аннулированием незаконных актов и признанием за частными лицами права на возмещение ущерба. Длительность административного процесса и трудность исполнения решений также ослабляют эффективность административного права.

Скандалы во Франции сравнительно редки и незначительны, но не стоит на этом основании делать обманчивых выводов. Их небольшое число объясняется чувством долга и сознательностью администрации, как правило очень квалифицированной. Само по себе административное право, с его контрольными функциями и административными санкциями, бессильно предотвратить эти скандалы.

Если таково положение во Франции, стране административного права, то каково же оно в тех странах, где либеральная традиция слабее, а администрация меньше чем французская уважает право?

62. Различные отрасли права. Публичное право, как и частное право, во всех странах романо-германской системы распадается на одни и те же основные отрасли: конституционное право, административное право, международное публичное право, уголовное право, процессуальное право, гражданское право и торговое право, трудовое право и т. д. То же совпадение наблюдается и на более низком уровне -- правовых институтов и понятий, в связи с чем, как правило, нет никаких трудностей при переводе юридических терминов с французского языка на немецкий, испанский, итальянский, голландский, греческий или португальский.

Это сходство обеспечивает тем, кто знает одну из этих правовых систем, возможность понимания других правовых систем. Основные нормы этих систем могут иметь различия, но мы всегда сразу понимаем, о

чем идет речь, какой обсуждается или ставится вопрос, его место, его природу и т. д.,-- для этого нам не надо никаких объяснений, не надо приспособливаться к другой форме мышления.

Объяснение подобной общности уже было дано. Она основывается на том, что правовая наука во всей континентальной Европе в течение веков имела одну и ту же базу для обучения праву: римское и каноническое право. Методы применения этой науки на практике могли быть различными в разные времена и в разных странах. Однако терминология всегда была одинаковой и выражала одни и те же понятия.

Объяснение, которое мы дали, вызывает тем не менее один вопрос. Если верно, что сходство между правовыми системами романо-германской правовой семьи объясняется тем, что исторически одна и та же правовая наука процветала в университетах, не следует ли из этого, что сходство существует лишь в дисциплинах, которые преподавались? Иными словами, не существует ли единая романо-германская правовая семья только в сфере частного права, то есть гражданского права, которое развилось на базе римского права? Можем ли мы говорить о той же романо-германской правовой семье, если речь идет о публичном праве, уголовном праве или процессе? Рассмотрим последовательно частное и публичное право.

63. Частное право. В какой мере частное право различных стран, входящих в романо-германскую правовую семью, имеет одинаковую структуру?

Даже среди институтов, регламентируемых гражданскими кодексами, не все имеют римское происхождение. Французский Гражданский кодекс, например, позаимствовал регламентацию одних институтов в каноническом праве (брак, усыновление), других--в обычном праве (режимы брачного имущества). Этот кодекс также значительно обновил регламентацию таких институтов, как право собственности, наследование, закрепив идеи революционного (брачный режим). С другой стороны, этот кодекс значительно обновил регламентацию таких институтов, как право собственности, наследование, закрепив идеи революции. Что же в конечном счете осталось в этом труде от правовой науки, созданной в университетах? На первый взгляд может показаться, что очень мало.

Несомненно, что каждое национальное право представляет даже в том, что касается гражданского права, известную оригинальность, проявляющуюся в наличии только ему свойственных институтов. Тем не менее между различными правовыми системами существует определенное сходство.

Оно становится очевидным прежде всего при изучении отношений,

урегулированных на основе римского права. Сходство, однако, не ограничивается этим. В отношениях, регламентация которых основывается на каноническом праве, также существует большая общность, во всяком случае когда речь идет о правовых системах христианских стран. С другой стороны, в регламентации отношений на основе обычного права имеются некоторые различия. Кодексы могут воспринять в том или ином вопросе национальные и региональные обычаи, и тогда они, конечно, будут содержать определенные особенности, хотя сами национальные и региональные обычаи сводятся в итоге к нескольким типам, довольно ограниченным по количеству. Но кодексы могут быть составлены и на основе обычного права, которое до кодификации было интернациональным; тогда и здесь будет наблюдаться сходство между различными правовыми системами. Изложенное имеет большое практическое значение, так как касается всего торгового права, в том числе и морского. Торговые обычаи, сформировавшиеся в средние века, были искусственно привязаны к римскому праву в результате творчества постглоссаторов. Принятые всей Европой, где они возникли, эти обычаи были затем реципированы вместе с гражданским правом в странах Востока и Дальнего Востока, пожелавших присоединиться к романо-германской правовой семье, и составили вместе с собственно гражданским обязательственным правом единый комплекс, который придает большое значение этой системе, обеспечивая единство структуры во всем, что касается оборота.

64. Обязательственное право. Это один из основополагающих разделов любой правовой системы. входящей в романо-германскую семью. Юристы этой семьи с трудом могут представить себе, что понятие обязательственного права неизвестно другим системам, в частности из семьи общего права. Их недоумение еще более возрастает, когда они узнают, что даже само понятие и термин "обязательство", столь элементарные для них, неизвестны этой семье и не имеют аналога в английском юридическом языке.

Обязательство в романо-германской системе -- это обязанность лица (должника) дать что-то другому лицу (кредитору), сделать или не сделать что-то в интересах последнего. Обязательство может возникнуть непосредственно из закона (таково, например, обязательство алиментирования по семейному праву), из договора и даже в некоторых случаях из односторонних действий лица. Обязательства возникают также из деликта и квазиделикта, когда лицо должно возместить ущерб, причиненный им или объектами, за которые он отвечает. Наконец,

упомянем неосновательное обогащение, также порождающее обязанность возвратить неосновательно полученное.

Опираясь на римское право, доктрина в странах романо-германской семьи создала обязательственное право, которое считается центральным разделом гражданского права, главным объектом юридической науки. Из обязательственного права узнают, как возникает обязательство каков правовой режим и последствия неисполнения, как оно изменяется и прекращается. Благодаря своей большой практической значимости обязательственное право - объект постоянного внимания юристов. Отсюда его высокий юридико-технический уровень. Как фактор, определяющий единство правовых систем романо-германской семьи, обязательственное право играет роль, подобную трасту в странах общего права и праву собственности в социалистических странах.

65. Публичное право. Обнаружим ли мы единство романо-германской семьи, если, покинув сферу частного права, обратимся к тем понятиям, которые используются в процессуальном, уголовном, трудовом или публичном праве? Ответ на этот вопрос вызывает особый интерес, учитывая практическое значение указанных отраслей права в современном мире.

Хотя эти дисциплины не преподавались в свое время в университетах и новые принципы большинства из них были разработаны в XIX и XX веках, здесь также имеется большое сходство между различными правовыми системами романо-германской правовой семьи, что объясняется двумя моментами.

Первый из них, неюридический, -- это общность политической и философской мысли различных стран. Юридическая наука часто лишь придает юридический аспект идеям и тенденциям, сложившимся первоначально в иных сферах науки. Так, на развитие публичного права на всем Европейском континенте довольно значительное влияние оказали Монтескье и Руссо. В области уголовного права Беккариа заложил основы современного уголовного права, теории, направленные на индивидуализацию наказания или отводящие определенную роль перевоспитанию преступника, завоевали весь западный мир .

Одинаковый метод формирования юристов является вторым фактором, объясняющим существование романо-германской правовой семьи. Чтобы воплотить в праве новые политические и философские идеи и создать новые отрасли права, во всех странах прибегали к помощи юристов, которые получили образование на основе изучения гражданского права. При новой регламентации, совершенно естественно, взяли в качестве

образца или по меньшей мере отправной точки гражданское право; оно сыграло в правопорядке роль своего рода модели, которая использовалась при создании и развитии других отраслей права (административного права, трудового права).

При формировании этих дисциплин гораздо сильнее, чем в гражданском праве, уже достигшем определенной степени совершенства, ощущалась необходимость учитывать опыт других стран. Конституционное право показывает, как юридическая наука в этой новой сфере приобрела - интернациональные черты. Что же касается административного права, то это творение Государственного совета выдвинуло Францию в качестве главной страны либеральной демократии среди государств Европейского континента, хотя методы рассмотрения административных споров неодинаковы в различных странах. Любопытно отметить, что первой работой по административному праву, написанной в Германии, был курс французского административного права; и лишь после него и на его основе Отто Майер счел возможным подготовить курс немецкого административного права'. Франция больше, чем другие страны, способствовала идее о том, что административное право должно быть самостоятельным по отношению к частному.

Различие между странами романо-германской семьи отражает лишь разные уровни развития административного права, но оно лишено принципиального значения. Имеющиеся несходства представляют интерес для сравнения европейских правовых систем, но не являются препятствием для него.

Так же как в традиционных областях гражданского или торгового права, нет единства и в структуре различных правовых систем, относящихся к публичному праву. Тем не менее, несмотря на полное обновление, которое претерпели за последние сто лет публичное и уголовное право, и несмотря на то, что речь идет об отраслях права, где отсутствуют какие-либо традиции римского права, сходство между европейскими и неевропейскими правовыми системами, входящими в романо-германскую правовую семью, здесь не меньше, чем в традиционных областях.

66. Оригинальность некоторых понятий. Структурное сходство правовых систем, составляющих романо-германскую правовую семью, не является полным. В правовой системе одной страны могут существовать категории или понятия, неизвестные другой, о чем свидетельствуют многочисленные примеры. Испания, например, не полностью унифицировала свое гражданское право. Нормы испанского Гражданского

кодекса 1889 года, если считать, что они образуют какое-то общее право (*derecho comun*), допускают наличие в различных районах Испании регионального права (*derecho foral*). Эти два понятия неясны юристам других стран, где такого деления не существует. В ФРГ, Мексике или Швейцарии федеральному праву противостоит право земель, штатов или кантональное право. В ФРГ имеется особая форма потери права--*Verwirkung*, в Аргентине--форма товарищества (*Sociedad de abilitation*), в Швейцарии--земельного обложения (*charge fonciere*), в Мексике-- вид земельного владения под названием *ejido*, в Швеции и других Скандинавских странах существует омбудсман -- специальный институт контроля за администрацией. Все эти институты сравнительно доступны для понимания юристов, знакомых с одной из систем романо-германской правовой семьи, так как они сразу видят, каким целям служит новый для них институт и какое место занимает он в праве данной страны. Тем не менее это нарушает единство правовой системы, и одной из задач тех, кто стремится к сохранению этого единства, является изучение вопроса, стоит ли заимствовать это новое понятие или же это понятие полезно лишь в особых условиях страны, где оно возникло. Правовая наука, к счастью, не уклонилась от указанной задачи: со времени национальных кодификаций и вопреки им продолжается определенный параллелизм в развитии правовых систем, входящих в романо-германскую правовую семью.

В случаях появления нового понятия ситуация более проста, чем тогда, когда мы сталкиваемся с деформацией общеизвестного института. Опасность в том, что сохранившееся сходство наименований скроет различие по содержанию. Не так-то просто заметить, что понятия "движимость" и "недвижимость", "добросовестность", "невозможность исполнения", "неосновательное обогащение" могут оказаться несходными в содержательном плане. Мы ограничимся здесь тем, что обратим внимание на эту опасность, угрожающую единству структуры правовых систем романо-германской семьи.

67. Общая часть гражданского права. В области частного права два явления привлекли особое внимание компаратистов. Во-первых, особенность Германского гражданского уложения, которое содержало новую "Общую часть". Во-вторых, слияние гражданского и торгового права в едином кодексе, осуществленное в Италии в 1942 году.

Германское гражданское уложение, опубликованное в 1896 году, имеет в отличие от более ранних кодексов "Общую часть", в которой сосредоточены значимые для различных разделов гражданского права предписания. Таковы нормы о правоспособности, юридических актах,

исчислении сроков давности. Общая часть ГГУ -- это следствие догматического преподавания права в немецких университетах приверженцами пандектной школы, которые в своем устремлении к систематизации основательно обновили *jus commune*, применявшееся в Германии в XIX веке.

Не была ли степень этой систематизации чрезмерна? Такой вопрос ставили юристы всех стран, в том числе и немецкие. После опубликования нового кодекса некоторые страны оказались благосклонными к введенному им новшеству и восприняли "Общую часть". Мы видим ее во многих кодексах, принятых после 1900 года (Бразилия, Греция, кодексы Советских социалистических республик, Польши, Чехословакии). Другие страны отказались следовать немецкой модели, и "Общей части" нет в кодексах Швейцарии, Мексики, Италии, Венгрии. Авторы Гражданского кодекса Голландии заняли промежуточную позицию: "Общая часть" (книга III) кодекса касается там лишь имущественных прав.

Наличие "Общей части" внесло некоторый раскол в юридическую науку романо-германской семьи. Но причиной его является не столько систематизация как таковая, сколько тенденция к абстрактности, выразившаяся в "Общей части" ГГУ. Линия раскола, которая разделила германские и романские правовые системы, скорее отражает существующие в каждой стране различия между теми, кто стремится к систематизации и абстрактности, и теми, кто предпочитает более эмпирический подход. Во Франции имеются сторонники "Общей части", а в Германии -- ее противники.

68. Гражданское право и торговое право. Унификация гражданского и торгового права, проведенная или намечаемая в ряде стран, по нашему мнению, имеет ограниченное значение. Гражданское право во всех экономически развитых государствах до такой степени слилось с торговым, что почти нет случаев, когда бы торговые обязательства регламентировались иначе, чем гражданские обязательства. С другой стороны, национальные кодификации привели к утрате торговым правом его международного характера, ранее глубоко отличавшего его от гражданского права. Вопрос о том, целесообразно ли регламентировать в специальном кодексе некоторые проблемы (торговые бумаги, компании, промышленную собственность, банкротство), которые больше интересуют коммерсантов и саму торговлю, не кажется нам сегодня важной проблемой юридической науки.

В 1865 году провинция Квебек регламентировала в своем Гражданском кодексе ряд вопросов торгового права и отказалась от издания Торгового

кодекса. В Швейцарии в 1881 году по причинам конституционного порядка был издан не Гражданский, а Обязательственный кодекс, но в него были включены обязательства и по гражданскому и по торговому праву. Обязательственный кодекс сохранил свою силу и после того, как в 1907 году появился Гражданский кодекс, призванный регламентировать на федеральном уровне все другие сферы гражданского права. В Нидерландах к единству гражданского и торгового права пришли в 1934 году, установив, что нормы торгового кодекса применяются ко всем -- торговцам и неторговцам -- и ко всем сделкам. Италия в 1942 году соединила гражданское и торговое право в едином Гражданском кодексе.

Значит ли все это, что дуализм гражданского и торгового кодекса обречен? В Швейцарии, Италии, Нидерландах гражданское и торговое право по-прежнему преподаются в университетах как самостоятельные дисциплины, и преподают их юристы, имеющие соответственно разную специализацию.

Несомненно, более существенным, чем законодательная унификация гражданского и торгового права, сегодня является превращение торгового права в "хозяйственное право", в котором преобладают установки политического и социального плана и самым тесным образом переплетены право частное и право публичное. Труды по торговому праву дают урезанное представление о своем предмете, ибо они не выходят за традиционные рамки торгового права и оставляют без внимания целый ряд существенных для этой сферы деятельности мер, как-то: налоговый режим, регламентация внешней торговли, порядок и условия предоставления кредитов и т. д. Глава II. ПОНЯТИЕ НОРМЫ ПРАВА

69. Единство системы. Сходства или различия структуры следует, однако, рассматривать еще и с другой точки зрения: как понимается сама правовая норма, ее значение, природа и характер. Этот аспект выявляет один из важнейших элементов единства романо-германской правовой семьи, при всей ее географической протяженности.

Во всех странах романо-германской правовой семьи правовую норму понимают, оценивают и анализируют одинаково. В этой семье, где наука традиционно занимается упорядочением и систематизацией решений, выносимых по конкретным делам, правовая норма перестала выступать лишь как средство решения конкретного случая. Благодаря усилиям науки норма права поднята на высший уровень; ее понимают как правило поведения, обладающее всеобщностью и имеющее более серьезное значение, чем только лишь ее применение судьями в конкретном деле. Стало модным известное презрение к противоположной концепции,

которая ставит правовую норму на уровень конкретных казусов: казуистику объявляют ненаучным методом. Сборники судебной практики и формы исков могут, конечно, быть полезным рабочим инструментом для практиков, они также необходимы юристам в качестве исходного материала для их работы, но эти компиляции не имеют того престижа, которым окружена правовая наука. Задача юристов состоит в том, чтобы извлечь из этой беспорядочной массы нормы, а затем и принципы, освободить решение вопроса от случайности и дать практикам общее руководство решению конкретных дел.

70. Создание правовой нормы. Такова позиция, которая преобладает в странах, относящихся к романо-германской семье. Вместе с тем входящие в нее правовые системы вовсе не представляют собой продукт творчества, где жизненные реалии принесены в жертву чисто логической конструкции.

В определенные периоды в некоторых странах некоторые теоретики поддавались искушению такого рода; отзвуки их влияния и сегодня ощущаются в преподавании права, но в практической деятельности их почти нет.

На основе конкретных дел римские знатоки права формулировали свои взгляды; на основе изучения решений парламента исследователи старого французского права писали свои трактаты; учитывая судебную, и иную практику, современные авторы создают необходимые для нашей эпохи новые конструкции в области административного, трудового или делового права. Однако доктрина не считает, что в ее задачу входит лишь изложение и приведение по возможности в порядок созданных практикой положений. Она видит свою роль в выявлении из этой массы, складывавшейся изо дня в день, по воле случая или под давлением какой-то срочной необходимости, четких основополагающих принципов, норм права, которыми в будущем станут руководствоваться судьи и практики. Правовая норма не создается судьями: у них нет для этого времени; кроме того, заботы о справедливости решения именно по данному делу отстраняют все иные соображения, наконец, они и не вправе выносить решение "в виде общего распоряжения" (ст. 5 французского ГК). Правовая норма, которая не может и не должна быть творением судей, появляется позднее; она продукт размышления, основанного частично на изучении практики, а частично на соображениях справедливости, морали, политики и гармонии системы, которые могут ускользнуть от судей.'

Правовая норма очищает практику от несоответствующих или излишних элементов, она упрощает тем самым познание права. Норма права позволяет общественному мнению, законодателю более эффективно

вмешиваться в требующие этой ситуации и даже ориентировать общество на достижение определенных целей. Такая роль права соответствует традиции, согласно которой право рассматривается как модель социальной организации. Распорядительный и политический, а не только строго судебный аспект права подтверждает и выступает очень четко в современную эпоху, когда от права ждут активного участия в создании нового общества.

Понятие правовой нормы, принятое в романо-германской правовой семье, является основой кодификации в том виде, как ее понимают в континентальной Европе. Нельзя создать подлинный кодекс, если видеть норму права в каждом решении, вынесенном судьей по конкретному делу. Кодекс в романо-германской трактовке не стремится к тому, чтобы решить все конкретные вопросы, встающие на практике. Его задача -- дать достаточно общие, связанные в систему, легкодоступные для обозрения и понимания? правила, на основе которых судьи и граждане, затратив минимальные усилия, могут определить, каким образом должны быть разрешены те или иные проблемы.

71. Оптимальная обобщенность нормы. Правовая норма романо-германской правовой семьи является чем-то средним между решением спора -- конкретным применением нормы -- и общими принципами права. Искусство юриста в странах романо-германской правовой системы состоит в умении найти норму и сформулировать ее с учетом необходимости указанного равновесия. Нормы права не должны быть слишком общими, так как в этом случае они перестают быть достаточно надежным руководством для практики; но в то же время нормы должны быть настолько обобщенными, чтобы регулировать определенный тип отношений, а не применяться, подобно судебному решению, лишь к конкретной ситуации. Добавим, что это равновесие вовсе не обязательно должно быть одинаковым во всех отраслях права: большая конкретизация желательна в таких отраслях, как уголовное или налоговое право, где стремятся максимально сократить произвол администрации. Напротив, большая степень обобщения бывает необходимой в некоторых других отраслях, где нет нужды так строго навязывать жесткие юридические решения.

В разных странах романо-германской правовой семьи не сразу пришли к тому, что сегодня представляется оптимальным. Прусское Земельное уложение 1794 года и в еще большей мере русский Свод законов 1832 года отмечены казуистическим подходом в такой мере, в какой он сегодня представляется чрезмерным. Наполеоновские кодексы начала XIX века

явились той моделью, которой затем следовали. В настоящее время степень абстрактности может считаться оптимальной во всех странах, за исключением, пожалуй, скандинавских правовых систем, где еще сильны казуистические тенденции.

Значительно больше противоречий чем между отдельными странами существует с этой точки зрения внутри каждой страны между традиционными отраслями и новым законодательством. Упреки в плохой законодательной технике, адресуемые новым законам различных стран, в значительной степени объясняются тем, что законодатель в новых областях, которые он регулирует, не умеет сохранять на желаемом и привычном нам уровне правовую норму. Иногда он предаётся излишней казуистике (этот недостаток особенно чувствуется в поправках, вносимых парламентом в текст закона), в других случаях закон содержит слишком общие формулы и его нельзя понять до тех пор, пока не будет дано его "толкование". Критика в адрес плохой законодательной техники, конечно, обоснованна. Не следует, однако, забывать, что задача законодателя очень трудна. Потребовались века, чтобы наука смогла выработать формулы французского ГК, которые сегодня кажутся совсем простыми и само собой разумеющимися.

72. Толкование права и "техника различий". Единый подход к норме права и тому месту, которое она призвана занимать по отношению к принципам права, с одной стороны, и решению конкретных дел -- с другой,-- это одна из основополагающих черт, обуславливающих общность взглядов и мышления юристов всех стран романо-германской семьи. Важность этой черты осознана пока еще недостаточно, а между тем именно она является одним из наиболее важных и отчетливых показателей единства семьи. Подход к правовой норме предопределил, в частности, господствующую в настоящее время в этой семье теорию источников права. Общий характер, признаваемый за нормой права, объясняет, почему задачей юристов в странах романо-германской правовой семьи считается главным образом толкование законодательных формул в отличие от стран общего права, где юридическая техника характеризуется методом "установления различий". Далеко не всюду понимается одинаково, что такое "хорошая правовая норма". В странах общего права хотят, чтобы норма была сформулирована по возможности точно. В странах романо-германской правовой семьи, напротив, считают, что правовая норма должна оставлять известную свободу судье; ее функцией является лишь установление правовых рамок и директив судье; не следует регламентировать детали, так как создатель правовой нормы (юрист или

законодатель) не может точно предусмотреть разнообразие конкретных дел, возникающих в практике. 73. Можно ли, исходя из характера нормы, предвидеть решение дела? Концепция правовой нормы, преобладающая в странах романо-германской правовой системы, обуславливает существование значительно меньшего числа правовых норм, чем в странах, где степень обобщения правовой нормы находится на более низком уровне и где норма предусматривает конкретные детали ситуации.

Из этого следует, во всяком случае на первый взгляд, что изучить французское право или право какой-либо другой страны романо-германской правовой системы легче, чем англосаксонскую правовую систему. Французскому, египетскому или японскому юристу-практику легче, чем его английскому, американскому или канадскому коллеге, сообщить своему клиенту, какая (или какие) правовая норма применима к его делу. Однако преимущество правовых систем романо-германской правовой семьи не должно обольщать нас: оно в значительной степени иллюзорно.

Концепция правовой нормы, принятая в странах романо-германской правовой семьи, отнюдь не облегчает возможности предвидеть решения по тому или иному спору. Все то, что отброшено в правовой норме как казуистические детали, автоматически увеличивает роль судьи в ее толковании. Сформулировать правовую норму наиболее обобщенно -- это значит сделать ее менее точной и предоставить судьям широкие дискреционные полномочия в применении этой нормы. Стабильность правоотношений не укрепляется в силу того, что применяемую правовую норму стало легче отыскать; скорее наоборот'.

Следует отметить и еще одно положение. Нормы в том виде, как они сформулированы законодателем и доктриной, недостаточны для того, чтобы дать всестороннее представление о содержании права в странах романо-германской правовой семьи. Далеко не все, что находится ниже законодательного уровня, может быть отнесено к "фактической сфере". Стремясь укрепить стабильность правопорядка, судебная практика пытается уточнять нормы, сформулированные наиболее общим образом. Кроме того, верховные суды осуществляют контроль за тем, как нижестоящие судьи толкуют нормы. В этих условиях норма, созданная законодателем, -- это не более чем ядро, вокруг которого вращаются вторичные правовые нормы.

Трудно точно определить масштабы, в которых эти вторичные нормы дополняют основную. Положение различно в разных странах, в различных отраслях права, оно зависит от способа формулирования законодательных

норм, от принципов судебной организации, от традиции судей и от целого ряда других факторов. Тем не менее в тех или иных масштабах рассматриваемая ситуация имеет универсальный характер. Повсюду граница между правом и фактом весьма искусственна, и трудно сказать, в какой мере решение сложного вопроса основывается на, оценке фактов данного дела и в какой -- на толковании правовой нормы.

Самое большее, что можно сказать,-- это следующее: когда фактическая ситуация кажется достаточно типичной, часто повторяющейся, то, используя тот или иной технический метод, ее пытаются охватить соответствующей правовой нормой, чтобы заинтересованные лица знали, как им следует себя вести. Так, французский Кассационный суд не только контролирует способ применения судьями правовой нормы, но и дает собственное толкование этой нормы'.

74. Подлинное значение "вторичных норм". Таким образом, право в странах романо-германской правовой семьи состоит не только из правовых норм, сформулированных законодателем, оно включает также и их толкование судьями. Может возникнуть вопрос, не противоречит ли это общей концепции правовой нормы, не возвращаемся ли мы, говоря о "вторичных правовых нормах", создаваемых судебной практикой, к концепции, очень близкой той, которая ставит правовую норму в один ранг с судебной практикой.

Несомненно, что ныне в странах романо-германской семьи имеется немало юристов, которые, одни более осознанно, другие -- менее, стали на путь казуистического подхода. Стремление описать судебную практику у этих юристов перевешивает критический дух и считается более важным, чем размышление. Если такая позиция возобладает и каждое судебное решение станет рассматриваться как имеющее ту же ценность, что и норма права, то система романо-германского права окажется глубоко трансформированной и приблизится к общему праву. Однако к этому мы еще не пришли и наличие вторичных норм не превращает нашу систему ни в судейское, ни в казуистическое право.

Каково бы ни было значение вторичных норм, сформулированных судебной практикой, очевидна большая степень генерализации в сравнении с тем, что создает судья, когда он вообще не связан предписаниями закона. Поэтому в странах романо-германской правовой семьи значительно "меньше права", чем в странах, где правовая норма создается непосредственно судебной практикой. Право стран романо-германской правовой семьи -- это всегда право, базирующееся на принципах, как и требует система. Это не казуистические правовые системы, и поэтому они

сохраняют известные преимущества -- простоту и ясность.

Правовые нормы в том виде, в каком юристы и законодатели стран романо-германской правовой системы считают нужным их сформулировать, несомненно, недостаточны сами по себе; нужны "вторичные нормы", уточняющие и дополняющие их, но в твердых и бесспорных правовых рамках. В этих странах легче проводить реформы и изменения права, потому что нетрудно увидеть (в отличие от англосаксонской системы), какие нормы затронет эта реформа, какие останутся неизменными. В частности, легко изменяемы "вторичные правовые нормы": колебания судебной практики, не затрагивающие основ системы, не представляют такой опасности и не создают такой неуверенности, как в странах, где нет общих правовых норм.; Раздел третий ИСТОЧНИКИ ПРАВА

75. Трудность вопроса. Изложить принятую в романо-германской правовой семье теорию источников права -- нелегкое дело. Концепции римского права по этому вопросу в наше время полностью обновлены и не могут служить общей исходной основой. Правовые системы, составляющие романо-германскую семью, многочисленны, и каждая из них имеет свои специфические по сравнению с другими черты. Более того, даже в каждой системе национального права этот вопрос весьма сложен и зачастую спорен. Способ, с помощью которого дается ответ на этот вопрос, может зависеть от отрасли права, в отношении которой он поставлен. Этот ответ в известной степени зависит и от психологии, и от личного темперамента каждого автора. Этот ответ менялся в разные эпохи и в зависимости от философских тенденций, господствующих в данный момент.

76. Теория и реальность. Закон в широком смысле слова -- это, по-видимому, в наши дни первостепенный, почти единственный источник права в странах романо-германской правовой семьи. Все эти страны-- страны "писаного права". Юристы здесь прежде всего обращаются к законодательным и регламентирующим актам, принятым парламентом или правительственными и административными органами. Задачу юристов видят главным образом в том, чтобы при помощи различных способов толкования найти решение, которое в каждом конкретном случае соответствует воле законодателя. Юридическое заключение, не имеющее основы в законе, несостоятельно, говорили когда-то. Другие источники права в свете этого анализа занимают подчиненное и меньшее место по сравнению с предпочитаемым классическим источником права -законом.

Однако этот подход, как бы много о нем ни говорили, фактически

очень далек от реальности. Он мог быть идеалом правовых школ, господствующих во Франции в XIX веке, но никогда не был полностью принят практикой, а в настоящее время и в теории все более и более открыто признают, что абсолютный суверенитет закона в странах романо-германской правовой семьи является фикцией и что наряду с законом существуют и иные, значительные источники права.

Смешивать право и закон и видеть в законе исключительный источник права -- значит противоречить всей романо-германской традиции. Университеты, в которых выковывались юридические концепции, опирались на римские законы и использовали их. С другой стороны, до XIX века они не интересовались национальными законами. Школа естественного права начиная с XVII века требовала, чтобы законодатель санкционировал своим авторитетом справедливые нормы, созданные доктриной, основывавшейся на природе и разуме. Но, предлагая новую технику, технику кодификации, эта школа никогда не смешивала право и закон и не утверждала, что одно изучение закона позволяет узнать, что такое право. По этому вопросу имеется известная путаница; достаточно перечитать замечательную "Вступительную речь к Гражданскому кодексу" Порталиса, чтобы ее рассеять.

77. Устойчивость традиции. Для того чтобы отбросить традиционный взгляд, утверждавший, что право и закон -- это не одно и то же, понадобилась революционная смена позиции, в итоге которой изменилось само определение природы права; в нем стали видеть выражение не справедливости, а воли государства. Эта революционная смена произошла, однако, не во всех, а лишь в социалистических странах.

Позитивистская теория, считающая, что закон является исключительным источником права, казалось бы, бесспорно победила в разных странах романо-германской правовой семьи сразу же после кодификации. Эта доктрина и сегодня часто преподается студентам как общепринятая в этих странах. За границей, особенно в странах общего права, считают, что она соответствует и практике. На самом деле произошло значительное смягчение позиций юристов. Доктрина естественного права в наши дни возродилась. Сами сторонники позитивизма отказались от понимания закона таким, каким он представлялся в XIX веке; сейчас они признают творческую роль судей. Никто не считает более закон единственным источником права и не полагает, что чисто логическое толкование закона может во всех случаях привести к нахождению искомого правового решения<sup>3</sup>.

В странах романо-германской правовой семьи именуются конституции,

кодексы и многочисленные законы, тогда как прежде правовые нормы и решения следовало искать в менее систематизированных документах, которые часто не были даже санкционированы суверенной властью. Подобные изменения юридической техники, несомненно, очень важны; они позволили приспособить право к нуждам современного общества, уничтожив бесполезный разноречивый и опасную неуверенность, которые слишком часто подрывали авторитет права. В эпоху, когда концепция справедливости находилась в полном расцвете, вследствие глубоких изменений в экономике и технике увеличилась и роль законодателя в изложении права. Однако от этого еще весьма далеко до догмы об абсолютном суверенитете государства в отношении права.

Французские юристы XIX века могли считать, что их кодексы воплотили "совершенный разум" и что отныне наиболее надежным средством установления справедливого решения или познания права является простое толкование кодексов. Юристы других стран, вероятно, думали так же, когда в этих странах в свою очередь появились кодексы. Это предполагаемое совпадение между правом как выражением справедливости и законом, выражающим волю законодателя, могло в свое время ввести в заблуждение. Сравнительное право помогает нам освободиться от этой ошибки. Оно показало нам, как советские юристы, соединяющие право со всемогуществом государства, обвиняют наших юристов в том, что они лицемерно говорят о применении закона там, где реально происходит его деформация в политических интересах класса буржуазии. С другой стороны, сравнительное право показало, с каким удивлением английские и американские юристы узнали, что нормы наших законов -- это не каприз суверена, подлежащий буквальному исполнению и что наши кодексы, столь близкие доктринальным трудам -- это скорее рамки, в которых открыт простор для творческой деятельности и поиска справедливых решений.

78. Техника и политика судебной практики. Верно, что суды и юристы стран романо-германской правовой семьи в настоящее время чувствуют себя увереннее лишь тогда, когда они могут сослаться на один или несколько законов для обоснования предлагаемого ими решения. Иногда при обращении в суд или принесении жалобы в ту или иную судебную инстанцию возникает необходимость указать, какой закон нарушен. Все это создает впечатление, будто в романо-германской семье право и законы -- одно и то же.

Но для того, чтобы понять действительное положение вещей, необходимо узнать, как толкуются законы, как на них ссылаются, а иногда

нейтрализуют их действие.

Даже в первое время после наполеоновской кодификации судебная практика не ограничивалась одним лишь применением текста закона, но в течение всего XIX века ее вклад в эволюцию права оставался в тени. Однако на рубеже нашего века роль судебной практики стало трудно скрывать, ибо новые условия потребовали от нее и новых, более активных инициатив. Празднование столетнего юбилея Гражданского кодекса дало возможность председателю Кассационного суда Балло-Бопре сказать, что судебная практика, не дожидаясь, пока доктрина изменит свои взгляды на ее роль, постоянно двигалась вперед "с помощью кодекса, но дальше кодекса", подобно тому, как в давние времена прогресс шел "с помощью римского права, но дальше римского права". Другой очевидный пример творческой роли французской судебной практики -- создание административного права Государственным советом.

Не отступая от концепции, которой придерживались в европейских университетах в течение веков, можно констатировать, что, хотя правотворческая роль законодателя велика, само по себе право -- это нечто большее, чем только закон. Оно не растворено во власти законодателя;

право должно создаваться совместными усилиями всех юристов, всех тех, кто участвует в осуществлении правосудия. Соотношение законодательных и доктринальных источников права может в нашу эпоху, по сравнению со старым правом, показаться иным, но современное право по-прежнему является правом юристов, как этого требует традиция. Закон стал главным элементом познания права, но он не исключает других элементов и имеет смысл лишь в сочетании с ними. Право Франции, Германии, Италии можно узнать в наши дни, как и прежде, лишь путем исследований, ведущихся совместно с законодателем всеми юристами. Право включает наряду с законом другие важные источники, даже если этот факт несколько затушевывается юридической техникой.

79. Единство западного права. В этом отношении позиции романо-германской правовой семьи и семьи общего права совпадают. Различие состоит, как мы это увидим, лишь в том, что в странах романо-германской правовой семьи стремятся найти справедливое юридическое решение, используя правовую технику, в основе которой находится закон, тогда как в странах, относящихся к семье общего права, стремятся к тому же результату, основываясь в первую очередь на судебных решениях. Отсюда и различный подход к норме права, которая в странах романо-германской правовой семьи понимается в ее законодательном и доктринальном аспектах, а в странах общего права -- в аспекте судебной практики. Это

различие не дает, однако, оснований для вывода о различии самой природы права: она одинаково понимается во всей обширной "западной" семье, именуемой советскими авторами буржуазным правом в отличие от социалистического права.

Рассмотрим теперь, как, с одной стороны, законодатель и исполнительная власть, устанавливая общие нормы, и, с другой -- судьи и юристы, толкуя закон или прибегая к другим источникам, находят соответствующие праву решения в разных странах романо-германской правовой семьи. Чтобы сделать это, мы будем придерживаться классического плана и последовательно рассмотрим роль закона, обычая, судебной практики, доктрины и некоторых высших принципов. Глава I. ЗАКОН

80. Верховенство закона в современную эпоху. В современных условиях, а также по соображениям философского и политического характера в странах романо-германской правовой семьи, как правило, считается, что для юриста лучшим способом установления справедливого, соответствующего праву решения является обращение к закону. Эта тенденция восторжествовала в XIX веке, когда почти во всех государствах романо-германской правовой семьи были приняты кодексы и писанные конституции. Она еще более укрепилась в нашу эпоху благодаря дирижистским идеям и расширению роли государства во всех областях. Работать во имя прогресса и установления господства права -- по-прежнему дело всех юристов, но в этой общей деятельности в современную эпоху ведущая роль принадлежит законодателю. Такая точка зрения соответствует принципам демократии. Она обоснована, с другой стороны, тем, что государственные и административные органы имеют, несомненно, большие, чем кто-либо иной возможности для координации деятельности различных секторов общественной жизни и для определения общего интереса. Наконец, закон в силу самой строгости его изложения представляется лучшим техническим способом установления четких норм в эпоху, когда сложность общественных отношений выдвигает на первый план среди всех аспектов правильного решения его точность и ясность.

Изданные органами законодательной власти или администрацией нормы "писаного права", которые юристам предстоит толковать и применять для вынесения решения в каждом конкретном случае, составляют в странах романо-германской правовой семьи определенную иерархическую систему.

81. Конституционные нормы. На верхней ступени этой системы стоят конституции или конституционные законы. Во всех странах романо-

германской правовой семьи есть писанные конституции, за нормами которых признается особый авторитет. В некоторых странах этот авторитет носит прежде всего политический характер; конституционные положения принимаются или изменяются в особом порядке, но с точки зрения права они имеют авторитет обычных законов. Напротив, в других странах конституционные положения с точки зрения права -- нечто иное, чем обычные законы. Их особый авторитет выражается в установлении контроля над конституционностью других законов, причем органы этого контроля и его способы могут быть весьма разнообразны.

В наши дни существует отчетливое стремление повысить ценность конституционных норм, усилив их практическое значение как норм, стоящих над обыкновенными законами. "Законодательная власть связана конституционным строем, исполнительная власть и правосудие -- законом и правом. Все немцы имеют право оказывать сопротивление всякому, кто попытается устранить этот строй, если иные средства не могут быть использованы",-- говорит ст. 20 Основного закона ФРГ. Во многих странах шел поиск средств, гарантирующих конституционный порядок, и в некоторых из них по примеру США был установлен судебный контроль за конституционностью законов. Особенно примечательно сделанное в этой связи в Федеративной Республике Германии и в Италии как реакция на те режимы, которые попирали в этих странах принципы демократии и права человека. Здесь имеется обширная судебная практика по признанию недействительными законов, посягавших на основные права, перечисленные в конституциях. Принцип судебного контроля за конституционностью законов воспринят, хотя и с меньшим практическим значением, многими другими странами.

Организация этого контроля и методы, которыми он действует, различны от страны к стране. В Японии и многих государствах Латинской Америки любой судья может, подобно тому как это происходит в США, объявить закон противоречащим конституции и отказаться применить его. Разумеется, Верховный суд контролирует такого рода решения. В ряде стран проверка конституционности законов возложена на специально создаваемые в этих целях конституционные суды. Такова ситуация в ФРГ, Австрии, Италии, Монако, Турции и др. Если обычный суд сомневается в конституционности закона, он может лишь приостановить рассмотрение дела и обратиться с запросом в Конституционный суд. Кроме того, во многих странах (ФРГ, Колумбии, Панаме, Венесуэле) определенные органы, а также и граждане могут обратиться в Конституционный суд и вне судебного процесса, что невозможно в США.

Чтобы оценить практическую значимость судебного контроля за конституционностью законов, следует учитывать различные факторы. Так, масштабы этого контроля меньше, если конституция относится к разряду нежестких, сравнительно легко изменяемых. Масштабы эти будут меньше и в тех странах, где исполнительной власти предоставлено право приостанавливать действие конституции. Сказанное относится ко многим государствам Африки и Америки, но и в ФРГ в Основной закон за период 1949-- 1970 годов было внесено 27 изменений. Следует учитывать также психологию судей, ту сдержанность, с которой они пользуются своим правом конституционного контроля. Хотя теоретически нет разницы между организацией этого контроля в Японии и США, однако его практические масштабы в этих странах существенно отличны. В Швеции, Дании, Норвегии теоретически возможен отказ суда от применения закона по мотиву его неконституционности. Но практика не дает примеров признания закона неконституционным.

Некоторые страны отказались от судебного контроля за конституционностью законов, например Нидерланды, Франция, где этому способствовали причины исторического порядка. Во Франции некоторое изменение позиции наметилось в результате деятельности Конституционного совета, созданного в 1958 году. Право обратиться в совет имеют лишь несколько высокопоставленных лиц или группа депутатов, насчитывающая не менее 60 человек, и лишь до того, как закон промульгирован. Таким образом, совет не может рассматриваться как аналог конституционных судов в других странах, в частности ФРГ и Италии. В Швейцарии контроль, осуществляемый Федеральным судом, ограничен вопросом о соответствии кантональных законов федеральному праву; он не распространяется на федеральные законы.

82. Международные договоры. Со значением конституционных законов сравнима роль международных конвенций.

В некоторых конституциях (например, Франции, Нидерландов) закреплен принцип, согласно которому международные договоры имеют силу, превышающую силу внутренних законов. Следует ли отсюда, что в этих странах не подлежит применению закон, изданный позднее того, как вступил в силу международный договор, и противоречащий этому договору? Конституционный совет во Франции заявил, что он не вправе помешать промульгации такого закона. Одновременно Государственный совет отказался от рассмотрения этого вопроса. Кассационный суд также не занял определенной позиции; он ограничился использованием своего права толкования, придя таким путем к выводу, что новый закон, являвшийся

объектом его рассмотрения, не представляется противоречащим договору (в данном случае Европейской конвенции о правах человека). Такова же позиция судебных инстанций ФРГ, где международные договоры как таковые приравнены к обыкновенным законам, но конституция говорит и о том, что "общие принципы международного права" имеют преимущество перед законами.

Толкование международных договоров может быть отнесено к компетенции наднациональных юрисдикции: в этих случаях при серьезных сомнениях в том, как должен толковаться такой договор, национальным судам следует отказаться от его интерпретации. Таково, в частности, положение дел с Римским и Парижским договорами, которыми в 1951 и 1957 годах были созданы разные европейские сообщества.

83. Кодексы. Некоторые законы именуются кодексами<sup>1</sup>. Первоначально это слово обозначало сборник, в котором объединены самые различные законы: Кодекс Феодосия или Кодекс Юстиниана был именно таков. В XIX веке это название было сохранено лишь за теми компиляциями, которые излагали принципы общего права, действовавшие в данном государстве, но имевшие тенденцию к универсальному применению (в отличие от норм, носивших сугубо национальный, приспособленный лишь к данным условиям характер). Впрочем, терминология изменчива, и сегодня слово "кодекс" широко используется для наименования компиляций, группирующих и излагающих в систематизированном виде правила, относящиеся к одной определенной области.

В XIX и XX веках кодификация получила широкое распространение во всех странах романо-германской семьи. Близость права этих стран выразилась не только в общей приверженности к кодификации, но также и в структуре ряда кодексов. Образцом послужила Франция, ее пять наполеоновских кодексов<sup>2</sup>. В разных странах романо-германской семьи мы находим такие же пять основных кодексов.

Единственное исключение в Европе -- Скандинавские страны. В каждой из них был издан только один кодекс: в Дании -- в 1683 году, в Норвегии -- в 1687 году, в Швеции и Финляндии -- в 1734 году. Эти кодексы, принятые значительно раньше, чем наполеоновские, охватывают в целом все право, как это было сделано позднее в Пруссии в Земельном уложении (1794 год) и в России -- в Своде законов (1832 год). С тех пор северные страны пошли разными путями развития. Кодексы практически перестали существовать в Дании, Норвегии и Исландии; в этих странах отдельные части кодексов были отменены и заменены большими законами, не включенными в старые кодексы.

Напротив, в Швеции и Финляндии продолжают ссылаться на Кодекс 1734 года, состоящий из 9 частей (они несколько странно называются "балками"), но все эти части были в разное время полностью обновлены. В различные эпохи рассматривались проекты кодексов, в частности гражданского и торгового, для отдельных северных стран или для всех этих стран в целом; но безотносительно к тому, исходила ли инициатива создания таких кодексов от официальных органов или частных лиц, это не привело пока к принятию кодексов и маловероятно, что оно последует в будущем. Сотрудничество, установившееся между северными странами, легче осуществить путем выработки специальных законов, чем широких кодексов.

В наше время уже не стремятся формулировать принципы общего права, и это повлекло за собой очевидную диверсификацию в романо-германской правовой семье. Французские "административные кодексы", издававшиеся после 1945 года, носят сугубо национальный отпечаток, что связано с чисто регламентарным характером вопросов, которые они регулируют. Впрочем, можно задуматься, не станут ли некоторые проведенные систематизации моделями, за которыми последуют другие страны. В этой связи можно назвать итальянский Кодекс морской навигации или бельгийский Судебный кодекс. Быть может, однажды проявится решимость преодолеть в рамках Европейского экономического сообщества или в еще более широких рамках нынешний провинциализм и издать некоторые общеевропейские кодексы.

84. Кодексы и простые законы. Наличие кодексов в странах романо-германской правовой семьи вызывает один вопрос. Не следует ли, учитывая круг и значение регулируемых кодексом отношений, длительный срок действия кодексов и особенно стремление к их всеобщему применению, рассматривать эти кодексы иначе, чем простые законы, существующие наряду с ними в данной стране? Не следует ли признать за кодексами особый авторитет и установить для них иные принципы толкования, отличающиеся от принципов толкования не включенных в них законов? Ведь можно нередко видеть, как авторы некоторых новых законов, желая сузить их значение, квалифицируют их как законы, вызванные особыми обстоятельствами, или как исключительные.

Такая позиция и такие различия могут найти известное историческое обоснование, если вспомнить, о чем мы уже говорили, что кодексами именовали законы, которые, выходя за рамки национального партикуляризма, претендовали на изложение общего права Европы. Никогда, однако, национальные законы или обычаи не рассматривались

при этом как низшие по отношению к кодексам в том, что касалось их значения и методов толкования. Эту традицию стоит сохранить. За исключением тех случаев, когда законодатель специально оговаривает иное, кодексы не имеют никакого приоритета по сравнению с не включенными в них законами. Кодексы и отдельные законы, в том что касается их толкования, равнозначны для юристов. Это еще более верно, если вспомнить, что наименование кодекса получили многие законы, ни в коей мере не претендующие на выражение всеобщих принципов.

Возможно, однако, если речь идет о наиболее старых и высокочтимых кодексах, что их практическое значение выше, чем значение других законов: у юристов существует вполне понятная тенденция придавать большую ценность принципам, установленным этими кодексами, так как они их специально изучали.

85. Регламенты и декреты. Помимо законов в собственном смысле слова, "писаное право" стран романо-германской правовой семьи включает в наше время множество норм и предписаний, изданных не парламентом, а другими государственными органами. Эти нормы и предписания можно разделить на две основные группы.

Первую группу составляют нормы, принятые во исполнение законов. Их существование и даже их многочисленность не порождают никакой проблемы политического порядка. Совершенно очевидно, что в современном государстве регламентация со стороны законодателя не может охватывать детали, а состоит, по меньшей мере в некоторых областях, лишь в изложении принципов, более или менее общих норм. В случае необходимости более подробную регламентацию осуществляют административные власти, которым законодатель предоставляет в этой связи соответствующие полномочия.

Главным вопросом, давно уже возникшим при этом, является вопрос о контроле за административными властями, осуществляемом, в частности, для того, чтобы обеспечить приоритет закона и соответствие управленческих актов закону. Должен ли этот контроль осуществляться всеми судами (ФРГ) или специальными административными судами (Франция)? Как далеко может простираться этот контроль?

В настоящее время во многих странах проявляется тенденция строить отношения между законами и регламентами на основе совершенно новой концепции принципа разделения властей. Зреет представление, что этот принцип применялся неправильно и предполагаемое им равновесие властей не было реализовано. Законодательная власть, по видимости, стала всемогущей, но при этом она оказалась перегруженной и плохо

справлялась с законодательными задачами. Исполнительная власть пользовалась весьма широкой автономией; нередко с помощью декретов-законов она предпринимала и, по существу, бесконтрольные меры.

Французская Конституция 1958 года реализовала идею о том, что парламент должен иметь по праву лишь те полномочия, которые он имеет возможность осуществлять фактически. Сфера закона была, таким образом, ограничена; законодатель был призван лишь устанавливать некоторые основополагающие принципы. Наряду с осуществляемой парламентом законодательной властью новая французская Конституция признала наличие регламентарной власти, не подчиненной власти законодательной, а автономной по самой своей природе.

Новый принцип, выдвинутый французской Конституцией, породил много проблем, решать которые, разграничивая сферы закона и регламента, призван Конституционный совет. Достоинство этого принципа в том, что он поставил под контроль высокой юрисдикции -- Государственного совета -- большую группу норм, которые ранее, поскольку формально они принимались парламентом, не подлежали этому контролю.

Другие страны не последовали французскому примеру. Основной закон ФРГ не признает за исполнительной властью право на автономную регламентарную власть и запрещает практику декретов-законов. Регламенты в этой стране могут быть изданы только в рамках исполнения законов. Однако Конституционный суд ФРГ санкционирует во все более широких масштабах законоположения, наделяющие органы управления большими полномочиями.

86. Административные циркуляры. В странах романо-германской правовой семьи в принципе установлено четкое различие между актами нормативными, которые формулируют юридические нормы, и простыми административными циркулярами, указывающими, как администрация понимает правовую норму и как она намерена ее применять. Это различие, по правде говоря, во многих случаях имеет больше теоретическое, чем практическое, значение. Административные чиновники зачастую знают право лишь по служебным инструкциям, которые они получают в форме циркуляров; они чаще всего предпочитают ограничиваться этими инструкциями, чтобы не иметь неприятностей со своим вышестоящим начальством.

Граждане часто не имеют никакой возможности заставить администрацию уважать закон, особенно когда не основанная на законе административная практика поощряет недолжным образом одну категорию граждан, никого при этом не ущемляя. Кроме того, граждане вообще

неохотно подвергают себя риску и различным неудобствам, которые связаны с действиями против администрации.

Недостаточно провозгласить принцип подчинения администрации закону, чтобы знать, в какой мере в различных странах администрация действительно эффективно руководствуется законом. Необходимо наличие особых органов, процедуры и политических условий, которые позволили бы предписать администрации поведение, соответствующее праву, и пресечь совершаемые ею незаконные действия. Точно так же в области частного права одного наличия хороших норм и утверждения, что их следует исполнять, недостаточно; эти принципы ценны лишь в том случае, если существуют легкодоступные суды, неподкупные судьи и администрация, желающая исполнять судебные решения.

Все эти вопросы наверняка по-разному решаются в отдельных странах романо-германской правовой семьи. Но для данной правовой семьи характерно, что юристы не придают большого значения этим обстоятельствам; они считают, что все указанные вопросы относятся скорее к науке управления, чем к науке права. Социологические исследования в области права, развертывающиеся сейчас во Франции, призваны сыграть большую роль. Их не следует понимать лишь в общекультурном и философском аспектах; показывая нам, что же в действительности происходит в жизни, они могут помочь юристам спуститься с небес на землю и преодолеть влечение к спекулятивному мышлению и теоретизированию.

87. Стиль законов. Что касается стиля законов, то в странах романо-германской правовой семьи сложились две противоположные тенденции: первая заключается в стремлении сделать законы как можно доступнее, вторая, напротив, -- в применении при выработке нормы права по возможности наиболее точного технического языка, даже если это может сделать право понятным лишь специалистам. Во всех странах имеются сторонники и того и другого подходов. Различие между германским Гражданским уложением, с одной стороны, и французским или швейцарским кодексами -- с другой, ясно показывает, какие препятствия для взаимопонимания порождает применение разной законодательной техники. Любопытно отметить, что в отношении стиля судебных решений положение как раз обратное: французские судебные решения понятны только посвященным, тогда как более развернутые немецкие решения читаются гораздо легче.

88. Толкование законов. Издание закона или регламента -- дело властей. Однако практическое значение закона зависит от способа его

применения. Применение же закона предполагает и определенный метод толкования, важность которого в наше время неоднократно подчеркивалась доктриной. В различных странах романо-германской правовой семьи предлагались самые разнообразные методы толкования: от школы экзегез до школы свободного права, с промежуточной позицией "юриспруденции интереса".

Довольно трудно определить, каково же практическое влияние каждой из этих теорий в той или иной стране. Законодатель с похвальной мудростью никогда не считал, что он может установить определенные методы толкования; любые правила, которые могли бы быть изданы им в этой связи, не уменьшили бы свободу толкования. Нигде и никогда практика не придерживалась только одного из существующих методов толкования; стремясь найти справедливое решение, она комбинирует различные подходы. В конечном счете все зависит от психологии того или иного судьи и позиции той школы, которую он сознательно или интуитивно поддерживает. Повсюду судья, стремясь к тому, чтобы избежать упреков в произволе, отдает предпочтение толкованию, которое наряду с буквой закона учитывает и намерение законодателя. Это означает, что в подавляющем большинстве случаев судья проводит логическое (если не грамматическое) толкование, дополненное и подправленное в необходимых случаях обращением к законоподготовительным работам. Но если того требует справедливость, судья в любой стране найдет способ отставить мешающий ему текст закона. Для этого имеется достаточно средств.

89. Оценка фактов. Сохраняя уважение к тексту закона, судьи имеют возможность достаточно свободного обращения с ним уже в силу того, что сам законодатель часто использует, иногда намеренно, иногда нет, термины и выражения, не обладающие точностью. Когда закон употребляет такие понятия, как вина, интерес семьи, возмещение ущерба, невозможность исполнения, то судья призван в каждом конкретном случае уточнять, позволяют ли обстоятельства дела применить закон, содержащий одно из этих понятий. Оценивая более строго или, наоборот, свободно конкретные обстоятельства, судья может существенно модифицировать условия применения закона. От него зависит определение того, что понимать под интересом семьи или детей, он может строже или мягче подойти к оценке должного основания увольнения, избрать одни или другие способы возмещения вреда, истолковать расширительно или, наоборот, ограничительно понятия непреодолимой силы и добрых нравов.

В правовых системах романо-германской семьи судьи не связаны установками своих предшественников: оценивая факты иначе, чем они,

судьи существенно модифицируют условия применения норм закона. Происходит это вполне легитимно. Есть все основания презюмировать, что законодатель, употребив формулы без уточнения их точного содержания, тем самым дал полномочие на "свободный дополнительный поиск в рамках закона". Этот свободный поиск требует от судей самостоятельных ценностных суждений, которые не могут быть выведены из позитивного права'.

Однако такого рода возможности судей в ряде случаев оказываются недостаточны и для того, чтобы вынести справедливое решение, судьи, проявляя большую смелость, отставляют в сторону законодательные предписания как неприменимые к новым общественным условиям. В этой связи используется два способа.

90. Новый смысл законодательного текста. Первый из них сводится к тому, чтобы вырвать закон из его исторического контекста. Используемые в законе слова интерпретируются вне их исторического происхождения, без учета намерений его авторов, и им придается такой смысл, который, по мнению суда, сегодня в наибольшей мере отвечает требованиям справедливости.

В обоснование такого способа толкования приводились великолепные аргументы'. Поскольку действующие в стране законы образуют единую систему, то все они должны толковаться в одном и том же духе -- а именно в духе нашего времени, без привязок к обстоятельствам, при которых в разное время принимались эти законы. Кроме того, намерения законодателя -- это по большей части сфера гадания; особенно сложно их установить в условиях современной демократии, когда закон выступает как коллективная воля, процесс формирования которой весьма сложен.

Судьи в разных странах благосклонны к этой аргументации. Вместе с тем они отбрасывают крайние подходы и продолжают придавать значение такому критерию, как намерение законодателя. Однако если оно не обнаруживается в самом тексте закона и его приходится искать в законоподготовительных работах, то судья уже не чувствует себя абсолютно связанным. Таково положение даже в тех странах (Австрии, Италии), где закон предписывает судьям толковать нормы права в соответствии с намерением законодателя.

91. Французская судебная практика. Председатель Кассационного суда Франции Балло-Бопре в одной из своих знаменитых речей, произнесенных в 1904 году в связи с празднованием столетия Кодекса Наполеона, призвал отказаться от исторического метода толкования кодекса, которое до этого безоговорочно господствовало в доктрине. "Если императивная норма ясна

и точна, не вызывает сомнений, судья обязан склониться перед ней и подчиниться ей... Но если в тексте обнаруживаются неясности, то появляются сомнения в смысле и пределах действия нормы, а при ее сопоставлении с другой нормой она будет в какой-то мере противоречить ей, предстанет в более узком или, наоборот, более широком значении. Я полагаю, что в этих случаях судья уполномочен на самое широкое толкование. Он не должен с упорством выяснять, чем руководствовались авторы кодекса сто лет назад при составлении той или иной статьи. Лучше спросить себя, какой бы была эта статья, если бы авторы кодекса формулировали ее сегодня, подумать, как с учетом изменений, происшедших за сто лет в идеях, нравах, институтах, экономическом и социальном состоянии Франции, приспособить наиболее свободным и гуманным образом законодательные тексты к требованиям справедливости, разума и современной жизни".

На примере гражданско-правовой ответственности легко убедиться в том, что развитие в последующие десятилетия полностью отразило эти установки. Судебная практика вложила совершенно новый смысл в несколько слов, содержащихся в ст. 1384 Гражданского кодекса, причем таких -- и это можно утверждать с уверенностью, -- каким создатели кодекса не придали какого-либо специального значения. Именно таким путем была безгранично расширена ответственность за причинение вреда "вещами, которые находятся под надзором лица". Создатели кодекса понимали под этим вред, причиненный животными и строениями, принадлежащими лицу. Своим широким толкованием судебная практика восполнила пассивность законодателя, который своевременно не занялся решением проблем в сфере ответственности, порожденных развитием техники, и в частности резким увеличением числа транспортных происшествий. Однако то, что произошло в сфере деликтной ответственности, не является всеобщим правилом. Более того, ситуация здесь отличается от общей тенденции французской судебной практики. Если намерения законодателя ясны, а условия, создавшиеся после издания закона, не породили совсем новой проблемы, французский судья обычно учитывает законоподготовительные работы, как это делают и его коллеги из других стран романо-германской правовой семьи.

92. Использование общих формул. Немецкая судебная практика. Существует и другой способ приспособления закона к обстоятельствам, не предусмотренным законодателем, способ, не связанный с модификацией сформулированных им предписаний. Суть его -- в нейтрализации этих предписаний с помощью других, более общего характера, также

сформулированных законодателем.

Лучшие образцы использования этого способа демонстрирует немецкая судебная практика. После вступления в силу 1 января 1900 года германского Гражданского уложения страна вскоре оказалась в состоянии кризиса, и здесь более остро, чем где бы то ни было, возникла потребность приспособления права к новым условиям. Судебная практика должна была заменить при этом во многом бессильного законодателя. Но поскольку Гражданское уложение вступило в силу недавно, суды остерегались давать его конкретным нормам толкование, прямо противоречащее установке законодателя. Немецкие суды продолжали поэтому толковать нормы ГГУ в том же плане, какой им был придан авторами уложения. Но когда возникала особая необходимость, они нейтрализовали действие конкретных норм путем обращения к общим принципам, также сформулированным авторами уложения.

Этот способ использовался уже до первой мировой войны. Ссылаясь на требование уважать добрые нравы, содержащиеся в 826 ГГУ, высшая судебная инстанция -- рейхсгерихт -- не побоялась внести ряд изменений в систему деликтной ответственности. Рейхсгерихт признал обязанность возместить не только реальный ущерб, но и упущенную выгоду, хотя 823 достаточно ясно исключает такую возможность. Суд запретил лицу совершать любые действия, нарушающие интересы другой страны и в тех случаях, когда закон возлагал на это лицо лишь обязанность возместить вред.

Судебная практика такого рода окончательно утвердилась после первой мировой войны в исключительных условиях инфляции, охватившей страну. Опорным стал теперь 242 ГГУ, который требовал от сторон договора-уважения к "доброй совести". Рейхсгерихт признал необходимость вмешательства судебной практики, для того чтобы избежать тех грубых несправедливостей, к которым привели бы классические способы толкования. В 1920 году суд признал отклоняющуюся им ранее теорию изменившихся обстоятельств; был решен в пользу собственника спор, существо которого состояло в том, что собственник обязался топить сданный им в наем дом, но стоимость отопления за два года достигла суммы, равной наемной плате за десять лет. В 1923 году был сделан еще один решительный шаг. Суд отказался от принципа номинализма ("марка равняется марке") и не согласился с тем, что должник по денежному обязательству может исполнить его, уплатив кредитору в обесцененных марках номинальную сумму долга. Требование "доброй совести", сформулированное в 242 ГГУ, возобладало над специальными нормами,

аналогичными ст. 1895 французского ГК, согласно которой если до срока платежа денежная единица увеличилась или уменьшилась, то должник обязан возратить данную займы номинальную сумму и обязан лишь отдать эту сумму в денежных единицах, имеющих хождение в момент платежа.

93. Скандинавские страны. На первый взгляд может показаться, что идея преобладания некоторых общих формул над специальными предписаниями закона нашла свое подтверждение в Швеции и Финляндии.

Официальные, ежегодно публикуемые сборники шведских законов предваряли до 1950 года так называемые правила для судей, что связано с очень старой традицией. Эти правила для судей, упоминавшиеся еще в Законе Вестготии в XIII веке (существовало сорок три правила), были отредактированы приблизительно в 1550 году известным деятелем реформации Олаусом Петри. Хотя они никогда не имели силу закона, тот факт, что в течение более чем двух веков они включались в официальные собрания шведских законов, заслуженно привлекает к ним внимание. Некоторые из правил дают судьям широкие полномочия в процессе применения права. В правилах, например, записано: "Закон, который окажется вредным, перестает быть законом", "Сознание честного человека -- это высший закон"; "Хороший судья всегда умеет решать в соответствии с обстоятельствами"; "В качестве закона рассматривается все, что наиболее соответствует благу человека, даже если буква писаного закона как бы устанавливает иное".

Не вытекает ли из подобных принципов большая свобода судей по отношению к закону? Такой вывод был бы ошибкой. Наряду с процитированными изречениями в правилах встречаются, например, и такие: "Право, доведенное до крайности, превращается в несправедливость"; "Не должен быть судьей тот, кто не знает закона и его смысла". С установлением демократических режимов судьи в северных странах, так же как и на континенте, стали считать, что их полномочия по выработке права ограничены и что они должны, каковы бы ни были их личные настроения, применять нормы, сформулированные законодателем. Толкование закона в том виде, как оно осуществляется в северных странах, подчиняется с некоторыми нюансами тем же принципам, что и в других странах Европейского континента'.

94. Критическая оценка. Метод, о котором речь шла выше,-- нейтрализация специальных норм путем ссылок на общие формулы, содержащиеся в законе,-- на первый взгляд основан на уважении намерений законодателя. Используя этот метод, говорят, что норма закона

потеряла смысл. Сама процедура толкования имеет характер чисто логический: при наличии двух норм, предлагающих разное решение дела, предпочтение отдают той, которая ведет к наилучшему в сегодняшних условиях решению. Однако это ложная аргументация. Редакторы германского Гражданского уложения не предполагали, что созданные ими конкретные нормы могут быть в будущем отнесены к неправильным. Общие формулы создавались ими лишь для того, чтобы помогать толкованию конкретных норм и в исключительном случае дополнять их, но не для того, чтобы исправлять эти нормы и даже совсем отменять их действие. Использовать общие формулы против конкретных -- это значит перевернуть принцип "специальный закон имеет преимущество перед общим". Это в свою очередь чревато риском поставить под угрозу правопорядок в целом, заменить судебную практику, основанную на толковании закона судебной практикой, руководствующейся несколькими весьма общими нормами'. Гораздо лучше откровенно признать, что предписания закона, подобно статьям договора, привязаны к определенным условиям, и, если сложилась совершенно новая ситуация, непредвидимая в момент издания закона, судья может, исходя из требований справедливости, отказаться от его применения. Такой подход соответствует традиции романо-германской правовой системы.

Кульм закона, господствовавший в доктрине XIX века, заставляет прибегать к такого рода хитростям для сохранения традиции, от которой не смогли отказаться. Аскарелли писал: "Толкование -- это больше чем научная деятельность, это проявление мудрости. Наша задача, чтобы право сводилось более к мудрости, чем к науке".

95. Общие принципы толкования. Во всех странах романо-германской правовой семьи практика в конечном счете следует средним путем, который носит эмпирический характер, и изменяется в зависимости от судей, эпохи и отрасли права. Законодательные тексты часто рассматриваются преимущественно как своего рода путеводители в поисках справедливого решения, а не как строгие приказы толковать и решать определенным образом. Везде в этих странах, безусловно, предпочитается грамматическое и логическое толкование и подчеркивается подчинение законодателю до тех пор, пока, по мнению суда, это приводит к справедливому результату. Однако уже само логическое толкование предоставляет выбор между решениями, которые могут основываться на аналогии, или, наоборот, на противопоставлении или же на комбинации различных методов. Историческое толкование, раскрывая содержание акта путем обращения к периоду его возникновения и намерениям законодателя, может быть

использовано и для исправления акта. В этих целях может быть применено понятие "смысл или дух закона". Несмотря на неизвестность текста закона, дух его может по-разному проявляться в разные эпохи.

Во всех странах романо-германской правовой семьи отправной точкой всякого юридического рассуждения являются акты "писаного права". К ним в настоящее время относятся тексты кодексов, законов и декретов, тогда как в прошлом к ним относились тексты римского права и иные официальные или частные компиляции. Но повсюду эти тексты являются лишь основой. В отличие от некоторых философских течений мы видим в них не систему норм, а скорее более или менее точные рамки юридических конструкций, которые следует дополнять путем толкования.

Толкователь действительно суверенен и располагает известной свободой действий -- так как решения высшей судебной инстанции не могут быть обжалованы. Но он любит маскировать свою творческую роль в выработке права и создавать впечатление, что его роль сводится лишь к применению норм, созданных кем-то другим. Оба эти качества проявляются по-разному в зависимости от эпохи, страны, отрасли права и, наконец, от судебного органа, о котором идет речь. Трудно провести здесь какое-либо серьезное сравнение, так как практика по этому вопросу слабо обобщена наукой, да и сама практика нередко плохо отдает себе отчет в том, какой же метод она применяет. Авторы часто придают особое значение тому виду толкования, который они изучают, вместо того, чтобы проанализировать действительно используемые методы.

Французские судьи нарушают принципы гражданской ответственности, установленные Гражданским кодексом, хотя полагают, что добросовестно применяют ст. 1382-- 1386 кодекса. Некоторые из них признаются, что они вначале находят справедливое решение, а затем ищут его обоснование в праве. Другие с негодованием отрицают такой метод, считая, что это противоречит их судейской совести.

Такое же положение существует и в других странах романо-германской правовой семьи. Но по причинам исторического или социологического характера в той или иной стране при принятии конкретного решения может больше проявляться забота о сохранении видимости подчинения закону. Может случиться также, что в ту или иную эпоху либо в той или иной отрасли права эта видимость будет соответствовать действительности, так как закон покажется юристам правильным и для его применения не потребуется никаких усилий.

Среди соображений исторического или социологического характера, которые могут играть определенную роль, следует отметить различия,

рожденные традицией. Так, немецкие судьи и юристы никогда не были столь независимой кастой, как французские судьи, которых при старом режиме охраняла возможность продажи судебных должностей и право передачи их в порядке наследования. Кроме того, в Германии большое влияние на практику оказывали доктрины профессоров и различные философские течения.

Однако не станем придавать чрезмерное значение факторам, принадлежащим прошлому. Немецкое право сегодня -- это уже не "профессорское право", как его называл Кошакер, противопоставляя его "праву юристов". Более того, представляется, что право ФРГ сегодня не только догнало, но и перегнало французское право по той роли, которую играет в его развитии -- во всяком случае, в ряде отраслей -- судебная практика.

Италия, где господствует ярко выраженная догматическая тенденция, несомненно, в настоящее время еще дальше от практикуемых во Франции гибких методов толкования. Разрыв между преподаванием права и судебной практикой, постоянно существующий в этой стране, затрудняет понимание иностранцами того, как судьи и практики Италии толкуют свои законы. Даже знакомство с судебными решениями обманчиво, предостерегает нас один итальянский профессор, так как эти решения, как правило, публикуются в выдержках и очень часто именно в опущенной части содержится обоснование принятого решения.

Аналогичные замечания можно сделать в отношении испанского и португальского права, а также права стран Латинской Америки. Здесь также сильны традиционные установки и свою главную задачу судьи видят в справедливости решения, хотя у многих теоретиков этих стран в почете те течения политической философии, включая марксизм, которые подчеркивают роль закона. Переход судебной практики в Аргентине от экзегетического к прогрессивным способам толкования закона сделал ненужным коренной пересмотр Гражданского кодекса этой страны<sup>2</sup>. Советские авторы с возмущением клеймят буржуазное лицемерие, которое они видят в независимости, проявляемой судьями буржуазных стран по отношению к закону. Можно усомниться в их истолковании этого факта, но не в самом факте. Судьи в странах романо-германской правовой семьи действительно обладают известной независимостью по отношению к закону, потому что в этих странах право и закон не отождествляются. Само существование судебной власти и вследствие этого сам принцип разделения властей, со всеми его преимуществами, связаны с этой независимостью. Она ведет к тому, что право по традиции ставится выше

политики. Хорошо это или плохо? Ответ на данный вопрос зависит от выбора между двумя концепциями социального порядка, противостоящими друг другу в современном мире.

96. Заключение. Различные страны романо-германской, правовой семьи объединены в настоящее время единой концепцией, согласно которой первостепенная роль должна быть признана за законом. Тем не менее здесь можно отметить и известные различия, существующие между этими странами. Мы показали некоторые из них, касающиеся конституционного контроля, кодификации, различной роли закона и регламента, толкования закона. Эти различия, несомненно, имеют определенную значимость.

Однако более важным, чем они, представляется сходство между различными правовыми системами. Оно касается прежде всего значительной роли, отведенной закону. Закон как будто охватывает во всех странах романо-германской правовой семьи все аспекты правопорядка. Юристы и сам закон теоретически признают, что законодательный порядок может иметь пробелы, но практически эти пробелы незначительны. Однако то, что в действительности скрывается за подобной позицией, вполне способно удивить всех, поверивших доктринальным формулам. Закон образует как бы скелет правопорядка; жизнь этому скелету придают в значительной степени иные факторы. Закон не следует рассматривать узко и текстуально, зачастую независимо от расширительных методов его толкования, в которых проявляется творческая роль судебной практики и доктрины. Кодексы предстают лишь как отправная точка, а не завершение пути. Этим они четко отличаются от компиляций (консолидации, кодексов американского типа), которые встречаются в странах общего права, а также от отредактированных обычаев или кодексов периода до Французской революции. Современные кодексы являются на деле наследниками римского права и трудов юристов-романистов, а не дореволюционных французских обычаев или кодексов. Мы убедимся в этом, проанализировав роль, которую играют в романо-германской семье иные, чем закон, источники права. Глава II. ОБЫЧАИ

97. Теория обычая. Существует концепция социологического плана, которая преобладающую роль среди источников права отводит обычаю, считает, что именно обычай является основой права, определяет способы его применения и развития законодателем, судьями, доктриной. В противоположность указанной концепции позитивистская школа сводит роль обычая на нет; в ее представлении он играет лишь самую малую роль в праве, всесторонне кодифицированном и отождествляемом с волей

законодателя. Для этой позиции характерно отсутствие чувства реализма, тогда как социологическая школа, напротив, преувеличивает роль обычая.

По нашему мнению, обычай не является тем основным и первичным элементом права, как того хочет социологическая школа. Он лишь один из элементов, позволяющих найти справедливое решение. И в современном обществе этот элемент далеко не имеет первостепенного значения по отношению к законодательству. Но его роль вместе с тем отнюдь не так незначительна, как полагает юридический позитивизм.

Французские и немецкие юристы в теории по-разному относятся к обычаю. Французские юристы пытаются видеть в нем несколько устаревший источник права, роль которого упала, после того как мы вместе с кодификацией признали бесспорное верховенство закона. Они готовы подписаться под содержащейся в законодательстве Австрии и Италии формуле, согласно которой обычай применяется лишь тогда, когда закон прямо отсылает к нему. В ФРГ, Швейцарии, Греции закон и обычай рассматриваются как два источника права одного плана. Подобная позиция, по-видимому, определяется традициями исторической школы, которая еще в XIX веке учила видеть в праве продукт народного духа. Различия, существующие в теории, не имеют, однако, никаких фактических последствий. На деле повсеместно судьи ведут себя так, как если бы закон являлся исключительным или почти исключительным источником права. При этом, однако, обычаю придается куда большее значение, чем это можно представить себе на первый взгляд.

98. Практическая роль обычая. Закон в ряде случаев для своего понимания нуждается в дополнении обычаем. Понятия, которые использует законодатель, также зачастую нуждаются в объяснении с точки зрения обычая. Нельзя, например, не прибегая к обычаю, сказать, когда поведение определенного лица ошибочно, является ли данный знак подписью, может ли правонарушитель ссылаться на смягчающие обстоятельства, является ли определенное имущество семейным сувениром, имелись ли моральные основания для получения письменного подтверждения обязательства. Все попытки устранить в упомянутых случаях роль обычая приведут к излишнему концептуализму или же к казуистике, противоречащим духу романо-германского права. Поэтому напрасны стремления умалить ту значительную роль, которую выполняет обычай *secundum legem* (в дополнение к закону).

Напротив, область применения обычая *praeter legem* (кроме закона) очень ограничена прогрессом кодификации и признанным первенством закона в демократических режимах современного политического общества.

Современные юристы романо-германской правовой семьи любой ценой стремятся опереться в своих рассуждениях на законодательство. В этой связи обычай *praeter legem* обречен на весьма второстепенную роль.

Роль обычая *adversus legem* (против закона) также, во всяком случае внешне, очень ограничена, даже если он в принципе и не отрицается доктриной. Совершенно ясно, что суды не любят выступать против законодательной власти.

По правде говоря, изучение обычая никогда не было проведено должным образом, поскольку наука в прошлом придавала первостепенное значение римскому праву, а ныне -- национальным кодексам. Обычай играл весьма важную роль в эволюции романо-германской системы, но представляется, что эта роль нуждается в определенной легитимации, подобно той, которую в средние века нашли в некоторых положениях Дигест особенно в высказываниях Юлиана (Д 1.111.32). До сих пор мы еще не освободились от римско-канонической концепции обычая и пытаемся вместить все обычаи в рамки закона, даже если для этого приходится изображать как соответствующие закону обычаи, которые в действительности восполняют пробелы или даже противоречат закону.

Таким образом, за редкими исключениями, обычай потерял в наших глазах характер самостоятельного источника права. Случается, что о нем вообще вспоминают лишь тогда, когда говорят о толковании закона.

Более точным представлением о роли обычая станет тогда, когда возродят традицию и перестанут отождествлять право и закон. Если понимать закон лишь как одно из средств (главное в наши дни) для выражения права, то ничто не мешает признанию наряду с законодательными актами полезности других источников. И среди этих последних важное место займет обычай: естественно и даже необходимо учитывать обычное поведение людей, чтобы установить то, что объективно считается в обществе справедливым.

Обычай, однако, не имеет значения сам по себе. Он важен лишь в той мере, в какой служит нахождению справедливого решения. Вследствие этого юрист не должен автоматически применять обычаи; его обязанности - критически относиться к обычаям, и в частности задавать себе вопрос: а разумны ли они?

### Глава III. СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА

99. Критерии для оценки роли судебной практики. Место, отводимое среди источников права судебным решениям, отличает романо-германские правовые системы, с одной стороны, от английского общего права, а с другой -- также и от социалистического права. Путем показа этого отличия

мы и постараемся выявить позицию романо-германских правовых систем, внутренние различия между которыми затрагивают скорее детали, чем принципы.

Чтобы судить о важности судебных решений в выработке права, следует и здесь остерегаться готовых формул, 'которые, стремясь подчеркнуть исключительность закона, отказываются признавать источником права судебную практику. Эти формулы несколько смешны, когда их употребляют в такой стране, как Франция или ФРГ, где судебная практика в ряде сфер играет ведущую роль в развитии права и где доктринальные произведения зачастую являются не чем иным, как изложением судебной практики'. Они также неверны, хотя на первый взгляд может показаться иначе, и в странах, где доктрина мало или совсем не уделяет внимания судебной практике.

Подобное отношение к судебной практике -- чаще всего признак разрыва между теорией и практикой, между университетами и дворцами правосудия. Но на этом основании нельзя делать вывод, что судебные решения не являются источником права. Чтобы иметь правильное представление по данному вопросу, нужно не столько интересоваться формулировками различных авторов и доктринальными произведениями, сколько обратить внимание на другой фактор -на все увеличивающееся число различного рода сборников и справочников судебной практики.

Эти сборники и справочники пишутся не для историков права или социологов и не для удовольствия их читателей:

они создаются для юристов-практиков, и их роль объяснима лишь тем, что судебная практика является в прямом смысле слова источником права. Количество и качество этих сборников могут дать представление и о важности судебной практики как источника права в романо-германских правовых системах.

Предложенный выше метод оценки требует, однако, уточнения. Когда речь идет о некоторых странах, в частности малых, новых или слаборазвитых, значимость судебной практики не следует выводить лишь на основе числа публикуемых в стране сборников. Может случиться, что там с необходимыми оговорками используют сборники судебной практики, существующие в других странах, право которых особенно схоже с национальным правом данной страны. Так, значение французской судебной практики не лимитировано границами Франции. Постановления французского Кассационного суда и Государственного совета изучаются и оказывают влияние в различных странах французского языка, соседних или отдаленных. Это верно также и в отношении других европейских и

неевропейских стран, входящих в романо-германскую правовую семью, где придают большое значение французской судебной практике в тех или иных областях права.

100. Подчинение судей закону. Роль судебной практики, в странах романо-германской правовой семьи может быть уточнена лишь в связи с ролью закона. Учитывая современное стремление юристов всех стран опереться на закон, творческая роль судебной практики всегда или почти всегда скрывается за видимостью толкования закона. И лишь в исключительных случаях юристы отказываются от этой привычки, а судьи открыто признают наличие у них власти по созданию правовых норм.

Они упорно придерживаются позиции постоянного подчинения закону даже тогда, когда законодатель открыто признает, что закон не может предусмотреть все. Ведь и в этих случаях в соответствии с принципом, закрепленным ст. 4 французского Гражданского кодекса, судья обязан вынести решение, он не может, подобно судье в Риме, уклониться от этой обязанности под предлогом молчания или неясности права. В ст. 1 швейцарского Гражданского кодекса сформулировано следующее указание: при отсутствии закона и обычая судья должен решать на основании такого правила, которое он установил, если бы был законодателем, следуя традиции и судебной практике. Это указание не осталось мертвой буквой; имели место даже такие случаи, когда судьи искусственным образом находили пробелы в законодательстве, чтобы использовать предоставленное им право. Однако в целом ст. 1 активно не использовалась. Вызвав большой интерес у теоретиков, она в конечном счете мало что изменила в швейцарской практике. "Свободное научное исследование", провозглашенное Ф. Жени, не свергло с трона догмы полноты установленного законом правопорядка; было проще сохранить эту фикцию.

Если мы хотим выяснить степень участия судебной практики в развитии права, то нам следует для этого покориться необходимости искать его где-то на втором плане, за подлинным или фиктивным толкованием закона. Судебная практика играет творческую роль в той степени, в какой в каждой стране можно в этом процессе удаляться от простого толкования. Мы уже пытались показать, каково в этом отношении положение в различных странах романо-германской правовой семьи.

Каким бы ни был вклад судебной практики в эволюцию права, этот вклад в странах романо-германской правовой семьи имеет иной характер, чем вклад законодателя. Последний, определяя в нашу эпоху рамки правопорядка, делает это путем особой техники, которая состоит в

установлении правовых норм. Судебной практике лишь в исключительных случаях разрешается использовать подобную технику. Положению французского Гражданского кодекса (ст. 5), запрещающему судьям выносить решения по делам в виде общего распоряжения, соответствуют аналогичные положения и в других романо-германских правовых системах; при этом возможны некоторые исключения, несомненно интересные, но не затрагивающие исходного принципа.

101. Значение права, создаваемого судебной практикой. Судебная практика отказывается создавать правовые нормы, так как это, по мнению судей, дело лишь законодателя и правительственных или административных властей, уполномоченных на то законодателем. Можно ли все же полагать, что, несмотря на столь упорную скромность, на деле судьи создают правовые нормы?

Во всяком случае, между нормами, выработанными судебной практикой, и нормами, установленными законодателем, существует два важных различия.

Первое связано с ролью тех и других в данной системе. Судебная практика действует в рамках, установленных для права законодателем, тогда как деятельность самого законодателя состоит именно в установлении этих рамок. Значение права, создаваемого судебной практикой, уже в силу этого ограничено, и положение в романо-германских правовых системах с этой точки зрения прямо противоположно положению, существующему в странах английского общего права.

Правовая норма -- это второе из различий,-- созданная судебной практикой, не имеет того авторитета, которым обладают законодательные нормы. Она достаточно непрочна, ее можно в любой момент отбросить или изменить в связи с рассмотрением нового дела. Судебная практика не связана нормами, которые она сама создала; она даже не может общим образом сослаться на них для обоснования принимаемого решения. Если в новом деле судьи применяют норму, которую они уже применяли ранее, то это делается не потому, что она приобрела обязательный характер; она его не имеет. Поворот в судебной практике всегда возможен, и судьи не обязаны его обосновывать. Этот поворот не посягает на рамки права, не угрожает принципам права. Норма, созданная судебной практикой, существует и применяется лишь в той мере, в какой судьи -- каждый судья -- считают ее хорошей. Понятно, что в этих условиях трудно говорить о норме.

Отказ от правила прецедента, согласно которому судьи обязаны применять нормы, которые ранее уже применялись в конкретном

аналогичном деле, не случаен. Начиная с периода средних веков считалось, что правовая норма должна иметь доктринальное или законодательное происхождение. Только такая тщательно продуманная правовая норма в состоянии охватить целый ряд типичных случаев, которые уложились бы в фактический состав конкретного судебного дела. Предоставляется принципиально важным, чтобы судья не превращался в законодателя. Этому стараются добиться в странах романо-германской правовой семьи. В то же время формула, согласно которой судебная практика не является источником права, кажется нам неточной для этих стран. Но она отразит действительность, если, исправив ее, мы скажем, что судебная практика не является источником правовых норм. "Не конкретные примеры, а законы имеют юридическую силу".

102. Судебная организация. Сходство той роли, которую играет судебная практика во всех странах романо-германской правовой семьи, обусловлено не только традицией, но также принципами судебной организации, способом подготовки и подбора судей.

В рамках романо-германской семьи судоустройство, разумеется, варьируется от страны к стране, но вместе с тем имеет, как правило, общие характерные черты.

Повсюду судебная система построена по иерархическому принципу. Споры подведомственны по первой инстанции судам, расположенным по всей территории страны. Над ними имеется значительно меньшее число апелляционных судов. Здание венчает Верховный суд. Это самая общая схема, в рамках которой немало значительных различий. В частности, весьма несходны суды первой инстанции; их может быть несколько видов в зависимости от характера споров. Существующие в одной стране специальные суды, например по семейным, трудовым делам, коммерческие суды и т. п. могут отсутствовать в другой. Различны и апелляционные инстанции в зависимости от их соотношения с судами первой инстанции, а также от порядка апелляционного рассмотрения. Верховный суд в одних странах действует как апелляционная и суперапелляционная инстанция, а в других -- как кассационная, то есть рассматривающая лишь вопросы права.

Кроме обрисованной выше общей судебной системы, в ряде стран имеются и другие независимые от нее юрисдикции, например, административная юрисдикция, которую мы видим во Франции (где систему административных судов венчает Государственный совет), в ФРГ, Австрии, Бельгии, Финляндии, Италии, Швеции, Лихтенштейне, Люксембурге, Монако, странах Латинской Америки (Колумбии, Мексике, Панаме, Уругвае). В других странах также существуют административные

юрисдикции, но они подконтрольны Верховному суду, где для этого имеется специальная палата (в Испании, Швейцарии и др.). Наконец, есть страны, где нет административной юстиции; это Дания, Норвегия, Япония, Аргентина, Бразилия, Чили, Перу, Венесуэла.

Кроме административной юстиции, в ряде стран имеются и другие автономные судебные системы. В ФРГ существуют федеральные системы судов по трудовым делам, социальному обеспечению, финансовые суды; в Швейцарии - суды по социальному страхованию, военные, таможенные и т. д.

Усложняющим фактором является федеральная структура некоторых государств. Правосудие здесь, как правило, отнесено к компетенции членов федерации, и лишь на вершине иерархии действует один или несколько федеральных судов. Такова ситуация в ФРГ, Швейцарии, Бразилии. Напротив, в Венесуэле существует лишь федеральная судебная система. В Аргентине и Мексике, подобно США, конкурируют две судебные системы - штатная (провинциальная), с одной стороны, федеральная (общегосударственная) -- с другой. Впрочем, сходство с США здесь лишь внешнее, ибо компетенции этих систем разграничены по-разному, что в свою очередь зависит от сферы, охватываемой федеральными законами, которые компетентны применять лишь федеральные суды.

103. Судьи. Судьи в странах романо-германской семьи -- это, как правило, юристы, которые профессионально и постоянно занимаются судебной деятельностью. В этом смысле наблюдается отход от римской традиции;

как известно, судьи и преторы Рима не были, как правило, профессиональными юристами.

Общий принцип знает исключения. В некоторых странах на определенное время на судебские должности могут избираться не юристы (сельские кантоны в Швейцарии, французские коммерческие суды). Некоторые уголовные дела рассматриваются с участием эшевенгов или присяжных (французский суд ассизов). Реже это бывает в гражданских делах (Швеция). Судьи обычно назначаются пожизненно, и принцип несменяемости служит одной из основных гарантий их независимости. Иной порядок -- назначение на время -- установлен в ряде стран для членов конституционных судов. В Швейцарии судьи Федерального суда избираются на шесть лет Союзным собранием<sup>2</sup>. В Латинской Америке члены верховных судов назначаются пожизненно лишь в Аргентине, Бразилии и Чили, а в остальных странах -- на срок от трех до десяти лет, что, очевидно, отрицательно сказывается на правовых началах в жизни

этих стран.

По общему правилу в странах романо-германской правовой семьи судебная карьера начинается с первых шагов профессиональной деятельности. В отличие от стран общего права здесь очень редко должность судьи замещается опытными адвокатами. Поэтому у континентальных судей и иная психология. Университетская подготовка дает им возможность более широкого подхода к проблемам. Их видение права выходит за рамки конкретных дел, не столь ограничено юридической техникой и "масштабами острова", как у их английских коллег. Этому способствует наличие наряду с собственно судьями другой категории магистратов, с которой они тесно взаимосвязаны, а именно работников прокуратуры, также призванных охранять общественные интересы. Наличие прокуратуры является характерной чертой романо-германской правовой семьи, что следует отметить особо.

Общие черты, о которых речь шла выше, не исключают, естественно, вариаций. Не во всех странах судебный корпус имеет одинаковую организацию и традиции. То обстоятельство, что в прошлом во Франции судебные должности наследовались и продавались, а парламенты присвоили себе особую политическую роль, уже издавна превратило французских судей в особую касту, полностью независимую от административных чиновников. Такой ситуации не было в других странах, и соответственно в прошлом здесь была меньшей и независимость судей. Исторически это часто подчеркиваемое различие играло немалую роль, но ныне оно стерлось. Статус французских судей значительно сблизился со статусом чиновников, и идея о существовании подлинной судебной власти рассеялась в нашей стране. В других странах, наоборот, признали своеобразие судебной деятельности. У судей повсеместно развилось представление, что они ни в каком случае не могут получать каких-либо распоряжений от администрации и, наоборот, последняя во всевозрастающей мере должна быть поставлена под судебный контроль.

Следует отметить рост численности профессиональных судей в странах романо-германской правовой семьи в I сравнении со странами общего права. Она составляет примерно 15 тысяч в ФРГ, около 7 тысяч в Италии и 5 тысяч во Франции.

104. Сборники судебной практики. Роль, которую играет судебная практика в разных странах, отличается элементами самого различного характера. Среди них следует упомянуть, как мы уже отмечали выше, наличие и большее или меньшее совершенство сборников судебной практики, а также официальный характер, которые они могут иметь в

отдельных странах.

Интересно в связи с этим отметить, что в течение последнего века произошли изменения, свидетельствующие о том, что сами сборники совершенствуются, а значение их возрастает. Эти изменения говорят также о том, что в наши дни за судебной практикой признается гораздо большая роль.

Официальные сборники судебной практики существуют сегодня во Франции, в ФРГ, Испании, Италии, Швейцарии, Турции. Эти официальные сборники помогают нередко быстро отличить решения, заслуживающие названия судебной практики, от решений, которые было бы желательно быстрее забыть. Таково положение в Турции, где публикация лишь избранных решений должна помочь юристам ознакомиться с новым правом. Но таково же оно, хотя и более завуалировано, во Франции, где уголовная палата Кассационного суда признает авторитетным лишь те решения, которые опубликованы по ее собственному указанию. Сказанное относится также к ФРГ, где публикуются лишь принципиальные решения Федерального административного суда, и к Швейцарии, где решению предшествует короткое обобщение доктринального плана. Напротив, в Испании различие между решениями, публикуемыми и не публикуемыми в официальном сборнике, основано на ином критерии: публикуются лишь решения, относящиеся к компетенции Верховного суда или рассмотренные им в порядке обжалования.

105. Стиль решений. Другим заслуживающим внимания элементом является стиль судебных решений'. Они должны быть мотивированы. Так, впрочем, было не всегда. В течение долгого времени в решении видели властный приказ, не нуждающийся в обосновании. Практика мотивации решений складывалась постепенно, в Италии с XVI, а в Германии -- с XVIII века. Как общее правило она была предписана судам во Франции в 1790-м и в Германии в 1879 году. Сегодня принцип обязательной мотивации решения утвердился повсеместно, а в Италии даже закреплен в Конституции. Этот принцип в наше время рассматривается как гарантия против произвольных решений, а в еще большей мере как гарантия того, что решения будут хорошо продуманы.

Хотя судебные решения в странах романо-германской семьи сходны в том, что должны быть мотивированы, стиль, в котором они составляются, отличается от страны к стране. В некоторых странах привилась французская техника, происходящая, по-видимому, от стиля заключений стряпчих; судебное решение, сжатое в одной фразе, считается здесь тем более совершенным, чем оно короче и выдержаннее в том самом

концентрированном стиле, который понимают и которым восхищаются лишь опытные юристы. Этой практике, помимо Франции, следуют в Европе Бельгия, Люксембург, Голландия, Испания, Португалия и северные страны, исключая недавно отказавшуюся от нее Швецию.

В других странах, напротив, судебное решение выносится в развернутом виде по определенной (различной в разных странах) жесткой схеме. Таково положение в ФРГ, Греции, Италии, Швейцарии и с недавнего времени -- в Швеции. Судебные решения в этих странах часто содержат ссылки на предыдущие решения или на доктринальные произведения; такие ссылки, как правило, не встречаются в судебных решениях первой группы стран.

106. Решение судей, оставшихся в меньшинстве. Обратимся теперь к вопросу о допустимости или, наоборот, недопустимости решения судей, оставшихся в меньшинстве'. Этот институт встречает враждебное отношение во Франции, но отсюда не следует, что он характерен лишь для стран общего права. Многие страны романо-германской правовой семьи допускают его, в частности страны Латинской Америки. В Европе возможность особого мнения обеспечивается письменным характером процесса. Нередко оно используется просто как средство для очистки совести судей;

в этом случае голосование лица, оставшегося в меньшинстве, будет отражено в протоколе, но не получит огласки (ФРГ, Испания). Сама идея о том, что не должно быть известно, как голосовал судья, господствует не всюду даже в том случае, если публикуется лишь коллегиальное постановление. Процедура устного обсуждения, установленная в швейцарском Федеральном суде, позволяет узнать, каково мнение каждого из судей. Аналогичная практика недавно установилась даже во Франции в Кассационном суде.

В ФРГ закон 1970 года предоставил судьям Федерального конституционного суда право предать гласности их особое мнение, расходящееся с мнением большинства, принявшего решение.

107. Единообразие судебной практики. Используются различные методы для обеспечения стабильности права путем придания известного единообразия судебной практике. Забота об этом, встречающаяся во многих странах, делает очевидной подлинную роль судебной практики, даже если доктрина воздерживается от признания ее в качестве источника права.

Судебную организацию, как правило, венчает Верховный суд. И если в теории его задачей является обеспечение точного применения закона, то на

деле он зачастую обеспечивает единство судебной практики. Существование Верховного суда может практически оказаться скорее угрозой верховенству закона, чем его гарантией. Законодатель почти никогда не боится конкуренции местных судов, практику которых трудно обобщить. Напротив, Верховный суд, наделенный большим авторитетом и призванный рассматривать вопросы под более широким углом зрения (в частности, во Франции, где он рассматривает лишь вопросы права), неизбежно подвергнется искушению стать властью, дополняющей законодателя, если не его соперником.

В Англии концентрация судебной власти явилась условием и причиной развития права судебной практики, каковым является "общее право". Такой же эффект в отношении административного права имела во Франции концентрация административной юстиции в Государственном совете. Стабильность судебных решений, несомненно, увеличивает авторитет судебной практики, хотя и не гарантирует "правильного применения" закона.

Наличие Верховного суда само по себе часто недостаточно для единообразия судебной практики. Поэтому принимаются дополнительные меры, направленные, в частности, на то, чтобы обеспечить единство действий разных палат этого суда. Так, во Франции с 1967 года практикуются "смешанные" заседания палат, а на более высоком уровне пленарное заседание Кассационного суда решает разногласия между его палатами и нижестоящими судебными инстанциями. В ФРГ также предусмотрены специальные органы (Большой сенат и Объединенный большой сенат) на те случаи, когда одна из палат Федерального верховного суда отходит от практики другой палаты. Федеральный административный суд проводит пленарное заседание в тех случаях, когда одна из его палат отказывается следовать установкам ранее принятого и опубликованного решения этого суда. Отметим также, что в ФРГ требуемое по закону судебное разрешение на обжалование обязательно предоставляется в случае, если критикуемое решение не следует практике Верховного суда.

108. Обязательные прецеденты. В порядке исключения из общего принципа, в особых случаях может быть установлена обязанность судьи следовать определенному прецеденту или линии, установленной прецедентами.

В ФРГ такой авторитет придан решениям Федерального конституционного суда. Также обстоит дело в Аргентине и Колумбии в отношении решений верховных судов по конституционным вопросам. В Швейцарии кантональные суды связаны решением Федерального суда,

признавшего неконституционным кантональный закон. В Португалии авторитетом прецедента обладают решения Пленума Верховного суда, опубликованные в официальном органе "Диариу да Република".

Правотворческая роль судебной практики официально признана в Испании, где существует понятие "doctrina legal". В этой стране обжалование судебных решений в Верховный суд допускается, согласно закону, в случае, если в них нарушена "doctrina legal"; имеется в виду судебная практика, основанная на ряде решений Верховного суда.

Понятие, аналогичное испанскому "doctrina legal", существует в Мексике по вопросам, затрагивающим публичные свободы (атраго). В Швейцарии подобное правило не утвердилось, но в этой стране, после того, как федеральный суд занял определенную позицию, повороты судебной практики происходят крайне редко. В ФРГ считается, что, если какое-то правило подтверждено постоянной судебной практикой, оно рассматривается как норма обычая и должно применяться судами в таковом качестве.

109. Административная практика. Наряду с судебной следует отметить и административную практику. Небольшое отличие между ними обнаруживается лишь тогда, когда речь идет о решениях, вынесенных административными органами, которые не являются "юрисдикциями" в техническом значении этого слова.

Разбор и обжалование споров в административном порядке практически в зависимости от страны или даже в одной стране в зависимости от характера дела доверены или обычным судам, или специальным (административным) судам, или несудебным органам. Практика этих специальных судов или несудебных органов может быть очень близкой к практике обычных судов, но она может и значительно расходиться с ней. Подобное положение связано с тем фактом, что административное право, хотя оно более или менее и развито в различных странах, появилось недавно и нигде еще до сих пор не достигнутой степени зрелости и стабильности, которая позволила бы его кодифицировать.

Говоря об административной практике, мы имеем в виду также циркуляры и инструкции, направляемые различными администрациями своим агентам. Сами по себе эти документы имеют лишь доктринальное значение. Исходя от органов администрации, они тем не менее не носят нормативного характера и соответственно не рассматриваются сторонниками законодательного позитивизма в качестве источников права. Напротив, сторонники социологической школы считают, что здесь речь идет по преимуществу об источниках права, так как совершенно очевидно,

что в огромном большинстве случаев чиновники следуют полученным ими инструкциям и лишь из них они зачастую узнают право.

Не менее очевидно также и то, что в подавляющем большинстве случаев граждане соглашались с таким применением права, которое предусмотрено в административных циркулярах. И лишь тем фактом, что интересы юристов в странах романо-германской правовой семьи традиционно концентрируются на проблемах гражданского права, можно объяснить малое внимание, уделяемое этим циркулярам и инструкциям, практическая значимость которых стала сегодня, в век вмешательства государства, первостепенной в целом ряде областей. Глава IV. ДОКТРИНА

110. Первостепенная значимость доктрины. В течение длительного времени доктрина была основным источником права в романо-германской правовой семье: именно в университетах были главным образом выработаны в период XIII--XIX веков основные принципы права. И лишь относительно недавно с победой идей демократии и кодификации первенство доктрины было заменено первенством закона.

Поскольку это изменение произошло сравнительно недавно, а также если учесть, что закон на практике не то, что закон в теории, то с учетом этих двух факторов можно установить подлинное значение доктрины вопреки часто встречающимся упрощенческим формулам, согласно которым она не является источником права. Эти формулы имеют смысл, лишь если допустить, как это делало господствовавшее во Франции в XIX веке мнение, что все право выражается в правовых нормах, исходящих от публичной власти. Однако подобное мнение противоречит всей романо-германской правовой традиции и представляется неприемлемым. Ведь сегодня все более и более стремятся признать независимый характер процесса толкования, которое перестало отыскивать исключительно грамматический и логический смысл терминов закона или намерения законодателя.

Можно, конечно, именовать правом лишь правовые нормы. Для тех же, кто считается с реальностью и имеет более широкий и, с нашей точки зрения, более правильный взгляд на право, доктрина в наши дни, так же как и в прошлом, составляет очень важный и весьма жизненный источник права'. Эта ее роль проявляется в том, что именно доктрина создает словарь и правовые понятия, которыми пользуется законодатель. Важна роль доктрины в установлении тех методов, с помощью которых открывают право и толкуют законы. Добавим к этому влияние, которое доктрина может оказывать на самого законодателя; последний часто лишь выражает те тенденции, которые установились в доктрине, и воспринимают

подготовленные ею предложения.

Речь никоим образом не идет о преуменьшении роли законодателя. Эта роль имеет в нашу эпоху первостепенное значение, и мы считаем ее сохранение в современных условиях прогрессом и подлинной необходимостью. Однако признание важной роли законодателя не должно вести нас к тому, чтобы закрывать глаза на реальные отношения между ним и доктриной и утверждать диктатуру закона. В действительности все гораздо более сложно.

Доктрина влияет на законодателя; здесь она является лишь косвенным источником права. Но доктрина играет также роль в применении закона. И было бы трудно, не искажая действительности, отрицать за ней в этой сфере качество источника права.

111. Французское право и немецкое право. И действительно, доктрина имеет первостепенную важность, так как именно она создает в различных странах разный инструментарий для работы юристов. Отличия в этом инструментарии могут в ряде случаев создать трудности для иностранных юристов, породив впечатление, что две на самом деле близкие правовые системы существенно различаются. Именно это, по нашему мнению, и происходит, когда сопоставляют французское и немецкое право. Здесь одна из причин столь частого, хотя, с нашей точки зрения, поверхностного и искусственного, противопоставления "латинского" и "германского" права. Французского юриста, изучающего немецкое право, затрудняет не столько различие по содержанию между французским и немецким правом, сколько различие по форме, существующее между произведениями немецких и французских правоведов. Немецкие и швейцарские правоведы предпочитают постатейные комментарии, которые существуют и во Франции, но в последней предназначены лишь для практиков. Предпочтительным инструментом французских юристов являются курсы или систематизированные учебники;

при отсутствии курса они скорее прибегнут к новейшему алфавитному справочнику, чем постатейному комментарию. Исключение составит, пожалуй, лишь область уголовного права в силу той особой преобладающей роли, которую играет в этой отрасли права закон.

112. Латинские страны. Однако французский и немецкий стили явственно сближаются. Издаваемые в ФРГ комментарии приобретают все более доктринальный и критический вид, а учебники обращаются к судебной практике и вообще юридической практике в стране. Иная ситуация в Италии и в странах испанского и португальского языков. Публикуемые здесь труды вызывают удивление у французов, и не только

потому, что эти труды характеризует крайний догматизм и отсутствие судебной практики, но и потому, что те самые лица, которые пишут эти произведения, весьма часто занимаются практикой, являются адвокатами и юридическими советниками, обладают библиотеками, основной фонд которых состоит из сборников национальной судебной практики. Это "раздвоение личности" можно объяснить, обратившись к истории и вспомнив о дуализме, с одной стороны, права университетов, и права, применявшегося на практике, -- с другой. В этих странах сохранили большую, чем во Франции, верность традициям пандектистов. Здесь не придерживаются мнения, что главное в преподавании права -- рассказать слушателям, как решается на практике та или иная проблема. Основное -- познакомить их с понятиями и основополагающими элементами, из которых строится право. Конкретные решения несущественны, ибо они изменчивы; главное -- это система. При таком подходе право становится объектом особой автономной изолированной науки. Зачем связывать ее, например, с историей, если Свод Юстиниана сохранял значение закона в течение веков, в то время как само общество беспрестанно изменялось? Юристу незачем заниматься экономическими и социальными проблемами;

это сфера политики, от которой наука права должна держаться как можно дальше. Глава V. ОБЩИЕ ПРИНЦИПЫ

113. Общие формулы закона. Сотрудничество юристов не только в применении, но и в выработке права проявляется в романо-германской правовой семье также в использовании некоторых "общих принципов", которые юристы могут иногда найти в самом законе, но которые они умеют в случае необходимости находить и вне закона. Ссылка на эти принципы и их использование труднообъяснимы для теоретиков законодательного позитивизма. Эти принципы показывают подчинение права велениям справедливости в том виде, как последняя понимается в определенную эпоху и определенный момент: они раскрывают также характер не только систем законодательных норм, но и права юристов в романо-германской правовой семье.

Мы уже говорили, что законодатель может иногда отказаться действовать сам и обращается к юристам, чтобы выбрать из большого числа гипотез требуемое ситуацией справедливое решение. Закон сам обнаруживает свои пределы, когда вооружает юристов критерием справедливости, отсылает их к обычаям и даже к естественному праву (австрийское Гражданское уложение, ст. 7), или подчиняет применение закона критериям добрых нравов и публичного порядка. Никакая законодательная система не может обойтись без таких корректив или

оговорок; их отсутствие может привести к недопустимому расхождению между правом и справедливостью.

Положение *summum jus, summa iniuria* не является идеалом романо-германских правовых систем и не воспринято ими'. Некоторая несправедливость в отдельных случаях может послужить необходимым выкупом за социально справедливый порядок. Юристы романо-германской правовой семьи не склонны соглашаться с таким решением того или иного правового вопроса, которое в социальном плане кажется им несправедливым. Характерным для гибкости юридических концепций в романо-германской правовой семье является то обстоятельство, что справедливость там во все времена включалась в право и в связи с этим никогда не возникало необходимости исправлять специальными нормами справедливости систему юридических правил<sup>2</sup>.

Законодательный позитивизм и атаки на естественное право проигрывают, если вспомнить широкое употребление в периоды недостаточного развития законодательства или его кризисного состояния некоторых общих оговорок или бланкетных норм, которые юристы находили в конституциях или законах. Закат этой доктрины в современном мире привел к тому, что сам законодатель стал текстуально закреплять своим авторитетом некоторые новые формулы, такие, как положение ст. 2 швейцарского Гражданского кодекса, запрещающее злоупотребление правом<sup>3</sup>. Ст. 281 греческого Гражданского кодекса подобным же образом устанавливает, что осуществление какого-либо права запрещается, если оно явно превышает пределы, установленные доброй совестью или добрыми нравами или социальной и экономической целью права<sup>4</sup>.

Укажем также на ту большую свободу, которой пользуются суды при осуществлении контроля за соблюдением законодателем основных прав человека. Основной закон ФРГ 1949 года отменил все ранее изданные законы, противоречившие принципу равноправия мужчины и женщины. После этого в течение некоторого времени именно судам пришлось взять на себя корректировку правовой регламентации семейных отношений. В 1971 году Федеральный конституционный суд отказался применить некоторые нормы международного частного права ФРГ на том основании, что они содержат отсылку к национальному закону мужа, нарушая тем самым принцип равноправия полов, или же отсылают к такому иностранному закону, который не гарантирует достаточным образом свободы брака'.

114. Общие принципы, не предусмотренные законом. Когда юристы в случае, предусмотренном законом, обращаются к общим принципам, то

позволительно думать, что они действуют как бы на основе делегированных им законодателем полномочий. Но даже когда законодатель воздерживается от предоставления им таких полномочий, юристы тем не менее считают, что они их имеют в силу уже той функции, которую они призваны осуществлять. Они умеренно используют эти полномочия, так как чувствуют, что лучший способ осуществления правосудия в обществе -- это все же подчинение порядку, установленному законом. Тем не менее в случае необходимости они без колебаний используют свои полномочия. Иллюстрацией подобного отношения может служить во Франции, например, в частном праве теория злоупотребления правом или в публичном праве обращение к общим принципам административного права. Теория злоупотребления правом была первоначально основана на ст. 1382 Гражданского кодекса, которая использовалась во многих отношениях. В наши дни стало очевидным, в частности благодаря швейцарскому примеру, что сформулированное в этой статье правило не может рассматриваться как принцип ответственности. Речь идет об общем принципе права, который должен найти свое место (если законодатель намерен его сформулировать) в начале Гражданского кодекса, в его "общей части". Развитие общих принципов административного права после второй мировой войны также выявило недостаточность законодательной регламентации и в новом свете ярко показало, что французское право не тождественно закону.

Доктрина, утверждающая тождество права и закона, в прошлом способствовала тенденциозной интерпретации антидемократических законов, принимавшихся в годы немецкой оккупации. Она снова активизировалась после того, как Конституция 1958 года разграничила сферы закона и регламента. Регламенты отныне (в той области, куда закон теперь не мог вторгаться), по определению, не подлежали контролю с точки зрения их соответствия закону. Тем не менее Государственный совет взял на себя функцию проверки их законности и аннулировал регламенты, когда они противоречили "общим принципам права", подтвержденным в преамбуле французской Конституции'.

Французские юристы были первыми, кто в прошлом возвел законодательный позитивизм в ранг господствующей теории. Именно поэтому они стали первыми, кто пытается освободиться от установок этой доктрины. Антипозитивистская тенденция характерна и для ФРГ как реакция на то, что эта доктрина в годы национал-социализма способствовала его политическим и расовым установкам, ибо видела в праве лишь то, что полезно государству. Антипозитивистская реакция в

ФРГ не остановилась перед авторитетом самых высоких в правовой иерархии законов. Федеральный верховный суд и Федеральный конституционный суд не побоялись объявить в целой серии своих решений, что конституционное право не ограничено текстом Основного закона, а включает также "некоторые общие принципы, которые законодатель не конкретизировал в позитивной норме"; что существует надпозитивное право, которое связывает даже учредительную власть законодателя. "Принятие идеи, согласно которой учредительная власть может все регулировать по своему усмотрению, означало бы возврат к пройденному позитивизму"; возможны "крайние случаи", когда идея права должна преобладать над позитивными конституционными нормами, и именно с этой позиции Федеральный конституционный суд призван решать вопрос о "конституционности"<sup>2</sup>.

Норвежская доктрина знает понятие "конституционное право чрезвычайных условий", призванное легитимировать особые конституционные акты, но в соответствии с основными принципами Конституции. В других странах юристы также без колебаний применяли в случае необходимости принципы морального порядка, не записанные в законе: принцип *fraus omnia corrumpit* (обман уничтожает все юридические последствия), принцип *nemo contra factum proprium venire potest* (лицо не может оспаривать последствия действия, совершенного им же самим и к своей же собственной выгоде). Следует особо отметить, что в Испании использование подобных принципов имеет законодательное основание -ст. 6 испанского Гражданского кодекса перечисляет среди возможных источников права общие принципы, вытекающие из испанских кодексов и законодательства.

В конечном счете теория источников права во всех странах романо-германской правовой семьи, по нашему мнению, отражает традиционную для всех этих стран концепцию, согласно которой право не создается априорным путем и не содержится исключительно в законодательных нормах. Поиск права -это задача, которая должна выполняться сообща всеми юристами, каждым в своей сфере и с использованием своих методов. При этом ими руководит общий идеал -- стремление достичь в каждом вопросе решения, отвечающего общему чувству справедливости и основанного на сочетании различных интересов, как частных, так и всего общества.

## Часть вторая СОЦИАЛИСТИЧЕСКОЕ ПРАВО

115. Оригинальность социалистических правовых систем. В 1917 году Россия порвала с западным миром и начала строить общество нового типа.

В коммунистическом обществе, которое является целью этого строительства, не будет ни государства, ни права. Они станут излишними. "благодаря новому чувству братства и общественной солидарности, которое вырабатывается в результате исчезновения антагонизмов капиталистического мира. В новом обществе исчезнет необходимость принуждения, и общественные отношения будут регулироваться лишь обычаями, организационными нормами и экономической необходимостью.

Этот идеал коммунистического общества сегодня еще не реализован в Советском Союзе; здесь создано лишь социалистическое государство, характеризующееся обобществлением средств производства в экономической сфере и властью коммунистической партии в плане политическом. Социалистическое государство имеет целью подготовить будущее коммунистическое общество, но оно вместе с тем значительно отличается от него. Государственное принуждение не только не отмерло, но играет значительную роль в целях охраны существующего строя, поддержания дисциплины граждан, необходимой для создания условий перехода к коммунизму. Пока не наступили условия, при которых оно может исчезнуть, государство расширило свои прерогативы и играет более активную роль, чем когда бы то ни было ранее: оно тщательно регламентирует общественные отношения во всех их аспектах.

Должно ли советское право рассматриваться как оригинальная система в сравнении с романо-германской правовой семьей? Очевидно, что будущее коммунистическое общество, когда оно будет создано, представит новый тип общества, принципиально отличный от существующих ныне обществ. Но в настоящее время оно еще не создано, и действующее советское право, несомненно, обнаруживает известное сходство с романской системой. Оно достаточно широко сохранило ее терминологию, а также -- хотя бы по внешнему виду -- ее структуру. Для советского права характерна концепция правовой нормы, которая "мало чем отличается от французской или немецкой концепции. Исходя из сказанного, многие западные авторы, особенно английские и американские, отказываются видеть в советском праве оригинальную систему и помещают его в романские правовые системы.

Юристы социалистических стран единодушно защищают противоположный тезис. Для них право -- это надстройка, отражение определенной экономической структуры: неправильно и ненаучно отрицать первостепенную значимость связи между правом и экономикой и одновременно подчеркивать сходства и различия, которые в конечном счете не выходят за рамки чистой правовой формы. Двум противоположным

типам экономики с необходимостью соответствуют и два противоположных типа права. Право социалистических стран и право стран несоциалистических принадлежат, таким образом, к двум различным семьям права, одна из которых связана со свободной игрой экономических сил и частных интересов, а при другой средства производства используются в соответствии с планом, устанавливаемым в интересах всего общества.

Буржуазные либеральные демократии, реализуя свои если не социалистические, то, во всяком случае, социальные идеи, глубоко трансформировали в XX веке свою структуру, и их юридические институты достаточно далеки от той картины, которую справедливо критиковали К. Маркс и Ф. Энгельс. Однако каковы бы ни были эти изменения, следует тем не менее признать, что в настоящее время существуют фундаментальные различия между структурой, институтами, образом жизни и мышления социалистических и несоциалистических стран. Эти различия, возможно, когда-нибудь смягчатся, если понимание необходимости решения общих задач рассеет сегодняшнюю атмосферу недоверия и непонимания. Но пока еще пересечь границу социалистической страны -- это значит попасть в новый мир с другой постановкой проблем, в мир, где такие понятия, как демократия, выборы, парламент, федерализм, профсоюзы и другие политические институты или такие юридические понятия, как собственность, договор, арбитраж, приобретают часто другой смысл. Вот почему следует выделить социалистическое право в особую семью, отличную от романо-германской. Правда, юристу "романской формации", например французскому юристу, если он захочет изучить советское право, это будет значительно легче, чем его английскому или американскому коллеге. Тем не менее и он будет далек от того, чтобы чувствовать себя так же свободно, как при изучении любой другой западной правовой системы Европейского континента.

Обеспечение сосуществования с социалистическим лагерем -- это одна из главнейших проблем, стоящих перед нами. Нам важно понять отношение юристов социалистических стран к праву, способы, с помощью которых они постигают свое право и ищут пути организации общественных отношений, как бы все это ни отличалось от наших идей и технических приемов. Изучение советского права может дать нам много полезных сведений, поможет критически взглянуть на западное право. Часто оказывается, что опыт социалистических стран может быть с пользой применен нами, и при этом вовсе не обязательно, чтобы страны Запада присоединились к марксистскому учению.

116. Охват стран. Слово "социалистический" неоднозначно в том смысле, что им пользуются самые разные политические партии. Это относится и к выражению "социалистические страны", и соответственно к выражению "социалистические правовые системы". Мы не будем вдаваться в нюансы и оспаривать право таких стран, как Швеция, Гвинея, Сирия, Танзания, утверждать, что они относятся к "социалистическим". Однако, говоря о социалистическом праве, мы не имеем в виду эти страны. В центре нашего внимания -- право Советского Союза и наряду с ним право тех европейских стран, которые, так же как и Советский Союз, привержены коммунистическому идеалу. Между правом каждой из этих стран и советским правом немало различий, и это обстоятельство следует подчеркнуть, чтобы опровергнуть миф о монолитном сходстве и идеологии без нюансов. Эти различия таковы, что можно даже поставить под сомнение единство социалистической правовой семьи'. Однако многочисленные сходства несомненны, равно как приверженность общим принципам, и это дает основания для объединения этих различных систем в одну семью.

В этой части книги мы не рассматриваем право неевропейских социалистических стран. Право Китая относится к другой традиции и цивилизации, и мы обратимся к нему в разделе о правовых системах Дальнего Востока. Страны других континентов, провозгласившие себя социалистическими, по принципиальным параметрам отличаются (за исключением Кубы) от Советского Союза, и они сами, и мы вслед за ними не относим их право к социалистической семье. Раздел первый

#### ИСТОРИЧЕСКОЕ РАЗВИТИЕ

117. План. Этот раздел распадается на три главы. В первой мы рассмотрим досоциалистический период. Во второй -- основные принципы учения, в соответствии с которыми коммунисты, придя к власти, намерены полностью трансформировать общество. Третья глава посвящена истории права, начиная с момента установления новой власти. Глава I.

#### ТРАДИЦИОННОЕ ПРАВО

118. Важность вопроса. Существенным представляется вопрос о том, какова была та исходная ситуация, отправляясь от которой руководители социалистических стран в момент прихода к власти поставили задачу полного обновления общества. История показывает, что независимо от общих новых политических принципов выбор юридических средств решался по-разному. История показывает и те психологические установки, которые или помогли руководству, или, наоборот, ставили ему препятствия, или по-разному ориентировали его'.

Различия, которые наблюдаются между странами социалистической семьи, достаточно часто являются продуктом разных условий, в которых развивалось их право. Приверженность одной общей доктрине не исключает различных концепций о средствах, с помощью которых будет достигнута общая цель. Отдел I. Русское право

119. Киевская Русь. Русская Правда и византийское право. История России начинается с конца IX века, когда племя, пришедшее, вероятно, из Скандинавии (варяги) и возглавляемое Рюриком, установило в 892 году господство над Киевской Русью. Созданное таким образом государство существовало до 1236 года, когда оно было разрушено монголами. Наиболее важным событием истории этого государства было обращение в христианство в 989 году, в период царствования Владимира. Первый памятник русского права, если отбросить некоторые договоры, заключенные ранее с Византией, появился сразу же после этого события. Как и на Западе, в определенный момент появилась необходимость записать обычаи, для того чтобы благодаря могуществу письменного слова укрепить влияние церкви. Русские обычаи киевской земли были записаны в первой половине XI века; сборник, содержащий многочисленные варианты обычаев XI--XIV веков, называется Русская Правда. Записанные по-славянски, эти обычаи более или менее детально описывают общество, более развитое, чем общество германских или скандинавских племен в эпоху составления "варварских законов". Писаное право носит территориальный, а не племенной характер, и положения его по многим вопросам свидетельствуют о наличии феодального строя.

Наряду с местным и обычным правом, записанным в Русской Правде, в Киевской Руси большое значение имело византийское право. Церковь, которая на Западе жила по римскому закону, руководствовалась в России византийским правом, представленным номоканоном, которые посвящены гражданскому и одновременно каноническому праву'. В Киевской Руси церковь применяла византийское право непосредственно в своих обширных земельных владениях, где она осуществляла юрисдикцию. Она стреми-' лась расширить применение византийского права, в частности путем различного рода вмешательства в редактирование обычаев.

120. Монгольское иго. Второй период истории России начинается с установления господства монголов (Золотой Орды) в 1236 году. Это господство закончилось только при Иване III в 1480 году -- после ста лет освободительной войны. Политические последствия монгольского ига долго давали знать о себе. Таким последствием является, во-первых, выдвижение Москвы, которая стала наследницей Киева. Во-вторых,

изоляция России от Запада; эта изоляция не прекратилась и с восстановлением независимости России вследствие ортодоксального характера господствовавшей религии. Раскол с Римом произошел еще в 1056 году. Византия прекратила свое существование. Восстановив свою независимость, Россия оказалась изолированной и объявила себя Третьим Римом, наследницей Византии в крестовом походе за истинную веру.

С точки зрения чисто юридической влияние монгольского ига независимо от его продолжительности было скорее негативным, чем позитивным. Русское право очень мало подверглось влиянию монгольского обычного права (ясака), которое никогда не навязывалось русским. Монгольское иго было только причиной стагнации права и усиления влияния церкви и византийского права.

121. Уложение 1649 года. Третий период в истории России и русского права начинается с момента освобождения от монгольского ига до царствования Петра Великого (1689 год). Россия подчиняется деспотическому режиму царей, чтобы избежать анархии и сохранить свою независимость перед угрозой агрессии с Востока; Крепостное право было установлено в 1591 году. Сама церковь, лишенная всякой поддержки извне, подчинялась царю. Укрепилось всемогущество правителей, любая воля которых -- закон. Полиция, суд и администрация мало отличались друг от друга в условиях режима, где господствовала рутина в соединении с обычаями, а в ряде случаев суд творил царь, помещики или управляющие. Никаких систематических усилий не делалось царями для перестройки общества. Можно назвать только попытки реорганизации судов, выразившиеся в издании Судебников в 1497 и 1550 годах. Наиболее интересные памятники истории права этого периода -- компиляции, ставшие как бы новыми изданиями Русской Правды или Кормчих Книг. Особенно важное значение имела работа, проделанная вторым царем династии Романовых Алексеем Михайловичем по консолидации как светского, так и церковного права России. Светское право было объединено в Уложении царя Алексея Михайловича (Соборное уложение) 1649 года, состоящем из 25 глав и 963 статей. Церковное право было изложено в официальном издании Кормчей Книги в 1653 году, которое заменило собой предыдущее уложение -- Стоглав Ивана Грозного (1551 год).

122. Петр Великий и его наследники. Четвертый период истории русского права, начатый царствованием Петра Великого в 1689 году, продолжается до Октябрьской революции 1917 года. Россия восстановила связи с Западом. Петр Великий и его наследники оставили России систему управления по западному образцу, но их мероприятия не затронули

частного права и поэтому не шли вглубь. Русский народ продолжал жить в соответствии с обычаями, только управляла им более эффективная и властная администрация. Два русских царя -Петр I и Екатерина II -- не смогли осуществить предполагавшийся ими пересмотр Уложения царя Алексея Михайловича, чтобы принять по предложению Петра кодекс шведского образца, а по предложению Екатерины -- кодекс, составленный в духе школы естественного права.

123. Свод законов (1832 год). Движение за модернизацию русского права, вдохновляемое французским примером, было предпринято только в начале XIX века при Александре I его министром Сперанским. Но разрыв с Наполеоном и реакция, которая за этим последовала, привели к тому, что только при Николае I была проведена скорее консолидация, чем кодификация и модернизация, русского права. Итог этой работы известен под названием Свод Законов. Он содержит 15 томов (42 000 статей) и близок по своему эклектическому содержанию, по казуистическому методу и по духу к прусскому Земельному уложению 1794 года, а не к кодификации Наполеона. Николай I предписал привести в порядок и изложить систематически русские законы, ничего не меняя в их содержании. Эти указания, конечно, не были в буквальном смысле соблюдены графом Сперанским, который осуществлял составление свода. Тем не менее можно, в общем, сказать, что от Русской Правды до Уложения 1649 года и от этого уложения до свода Законов 1832 года -- все это консолидация, изложение, а не реформа в целом и не модернизация права.

Либеральное движение за реформы развернулось только во второй половине XIX века в царствование Александра II. Это движение, отмеченное отменой крепостного права (1861 год) и судебной реформой (1864 год), дало России Уголовное уложение (1855 год, пересмотрено в 1903 году), но так и не привело к созданию Гражданского кодекса (был составлен только его проект).

Таково было положение до 1917 года, некоторые характерные черты которого полезно подчеркнуть.

124. Россия входила в романо-германскую правовую семью. Во-первых, русская юридическая наука заимствовала многое из византийского права, то есть из римского права, и из стран континентальной Европы, придерживающихся романской системы. Правда, существовали оригинальные русские обычаи и акты, как существовали в XVIII веке французские и немецкие оригинальные обычаи и ордонансы, но, так же как во Франции и в Германии в XVIII веке, в России не было другой правовой науки, кроме романской. Категории русского права -- это категории

романской системы. Концепцией права, принятой в университетах и юристами, была романская концепция. \_Русское право отошло от казуистического типа права;

русский юрист не считал право продуктом судебной практик"; норму права он, так же как немецкий и французский Юристы, рассматривал как норму поведения, предписываемого индивидам, формулировать которую надлежит доктрине или законодателю, а не судье. Россия не имела столь полных кодексов, как другие страны Западной Европы, но она была готова их иметь.

125. Слабость юридических традиций в России. Второе, что следует подчеркнуть,-- это слабость юридических традиций и чувства права в России. Важна не юридико-техническая отсталость русского права и не тот факт, что русское право не было полностью кодифицировано. Важно порожденное различием исторического развития разное отношение к праву в России и в других европейских странах.

Во всей континентальной Европе, так же как и в Англии, право рассматривается как естественное дополнение морали и как одна из основ общества. Этого нельзя сказать о России. До недавнего времени в России не было юристов: первый русский университет -- Московский -- был создан только в 1755 году, Петербургский университет -- в 1802 году. Русская юридическая литература появилась только во второй половине XIX века. Лишь реформой 1864 года была создана профессиональная адвокатура, а функции судьи были отделены от административных функций. До этой реформы не было четких различий между полицией, судом и администрацией. Писаное русское право было чуждо народному созданию. Оно представляло собой главным образом право административное, не имеющее корней в частном праве. Та часть частного права, которую оно содержало, не интересовала огромное большинство населения. Это было "право городов", созданное для торговцев и буржуазии. Крестьянская масса продолжала жить согласно своим обычаям; существенной для нее представлялась не индивидуальная собственность, а семейная (двор) или община (мир); правосудие для нее представлялось справедливостью в том виде, в каком она воплощалась волостным судом, состоявшим из судей-неюристов. Волостной суд подчинялся Министерству внутренних дел, а не Министерству юстиции. Созданное законодательным путем, право представляло собой не выражение сознания и традиции народа, как в других странах Европы, а произвольное творение самодержавного властителя, привилегию буржуазии. Этот властитель был поставлен над законом. Юристы являлись скорее слугами царя и государства, чем слугами

народа, им не хватало общего профессионального духа.

Единство русского народа основывалось не на праве. Авторы западных стран могут сколько угодно насмеяться над юстицией и судьями, высмеивать их слабости; но ни один из этих авторов не представляет себе общества, которое может жить без судов и без права: *ubi societas, ibi jus* (нет общества без права). Такое представление мало кого шокировало в России. Подобно святому Августину, Лев Толстой желал исчезновения права и создания общества, основанного на христианском милосердии и *bull*; любви. В этом плане марксистский идеал будущего общества и нашел благодатную почву в моральных и религиозных чувствах русского народа.

О т д е л II. Д р у г и е социалистические страны

126. Общая характеристика. Прошлое отдельных стран весьма различно. Мы ограничимся лишь общими замечаниями, акцентировав внимание на том, что значимо для понимания современного права или же объясняет различие между правом данной страны и развитием права в СССР.

Все европейские государства, ставшие народными демократиями, ранее принадлежали к романо-германской семье. В рамках этой общей важной характеристики они в зависимости от исторического развития права могут быть разбиты на две группы. Одна -- это страны, связанные религией с Римом, с развитием идей и институтов в Западной Европе, с которой они никогда не теряли прямых контактов. Другие -- страны ортодоксального христианства, отрезанные на протяжении веков турецким завоеванием от остальной Европы.

127. Страны западной традиции. Развитие права в Венгрии, Польше, Чехословакии, Хорватии, Словении всегда шло параллельно развитию права в Германии, Австрии, во Франции. Условия, которые воздействовали на право в этой группе стран, были сходны с теми, что наблюдали в германских и латинских странах Европы и, наоборот, отличались от России. Здесь существовала прочная юридическая традиция: право рассматривалось как одна из фундаментальных опор общества. В управлении этим обществом, в его развитии существенную роль играл корпус юристов, многочисленный и уважаемый.

128. Балканские государства. Другой была история балканских государств (Албании, Болгарии, Румынии, Сербии), образующих вторую группу. Как и Россия, они первоначально находились под влиянием не европейского Запада, а Византии. Подобно тому как в России развитие права было парализовано татарским нашествием, здесь такую же роль сыграло турецкое завоевание, которое имело еще более тяжкие

последствия, ибо длилось гораздо дольше -вплоть до XIX и даже XX века.

Можно было ожидать большого схождения между этими странами и Россией в их отношении к праву, его стагнации в течение веков, незначительного места, которое оно занимало в национальном сознании.

Однако имелся фактор, который сблизил эту вторую группу с первой. Россия сама освободила себя от татарского ига и сразу же образовала обширное и независимое государство, претендовавшее на роль преемника Византии. Балканские же государства получили независимость лишь с посторонней помощью и представляли собой в этот момент небольшие, нуждавшиеся во внешней поддержке нации. Чтобы преодолеть отсталость, образовавшуюся в результате турецкого ига, стремясь восстановить необходимые для этого связи, они охотно воспринимали культуру государств Западной и Центральной Европы.

129. Заключение. В конечном итоге в обеих группах стран право пользовалось большим престижем, а связи с Западом были теснее, чем в случае с Россией. И этот факт не исчез сразу после того, как к власти в этих странах пришли коммунистические правительства. Юристы этих стран неохотно шли на ослабление контактов с Францией, ФРГ, Италией, Австрией. Они стремились по возможности полностью сохранить юридическую традицию, поставив ее на службу новой форме правления.

## Глава II. МАРКСИЗМ-ЛЕНИНИЗМ

130. Марксизм -- теоретическая основа общества. Социалистическая революция сопровождалась ширококомасштабным критическим пересмотром всех институтов, которые по большей части были отвергнуты или трансформированы в свете учения марксизма-ленинизма, рассматриваемого как непреложная истина. Чтобы понять политику, новые институты и новое право социалистических стран, необходимо иметь представление хотя бы об основных положениях этого учения.

Марксизм-ленинизм в социалистических странах -- это совсем не то, что любая философская доктрина в западных странах. Это официально признанное учение, а всякое иное, противоречащее, считается ложным и опасным. Марксизм-ленинизм раскрыл законы, определяющие развитие общества и способ создания в будущем общества, основанного на гармонии и согласии. Таким образом, марксизм-ленинизм -- это одновременно и объяснение мира, и руководство к действию.

131. Исторический материализм. Марксистское учение, основателями которого являются Карл Маркс (1818--1883 годы) и Фридрих Энгельс (1820--1895 годы) исходит, с одной стороны, из материалистической философии, с другой--из идеи развития. Согласно материалистическому

подходу, объекты, существующие в природе, первичны; мысль, дух, сознание -- это отражение материального мира. Идея развития означает, что в природе нет ничего раз и навсегда данного, все изменяется в процессе постоянной эволюции.

Дарвин в 1859 году в своей книге "Происхождение видов" объяснил принцип, управляющий эволюцией в сфере биологии. Маркс и Энгельс полагали, что и в области общественных наук -- а не только естественных -- имеются законы, управляющие развитием человечества. Они стремились открыть эти законы и таким путем поставить на место старого утопического социализма научный социализм.

Их отправная точка -- гегелевский тезис о диалектическом развитии; за тезисом следует антитезис, а противоречие между ними решается в синтезе, который и есть двигатель прогресса. Однако Маркс и Энгельс по-иному, чем Гегель, понимали причинные зависимости в ходе эволюции. Гегель -- идеалист, и развитие общества он объяснял прогрессом человеческого разума. Учение Маркса и Энгельса -- исторический материализм: объективное обуславливает сознание, реальность рождает идеи, человек -- прежде всего *Homo faber* и лишь затем *Homo sapiens*. "Анатомию гражданского общества следует искать в политической экономии,-- писал Маркс.-- Способ производства материальной жизни обуславливает социальный, политический и духовный процессы жизни вообще. Не сознание людей определяет их бытие, а, наоборот, их общественное бытие определяет их сознание".

132. Базис и надстройка. Марксистское учение отнюдь не носит печати фатализма. Оно отводит человеку важную роль в реализации законов истории. Но тем не менее его возможности ограничены, ибо, как писал Ф. Энгельс, "люди сами делают свою историю, однако в данной, их обуславливающей среде, на основе уже существующих действительных отношений"2.

Решающую роль в обществе играют экономическая инфраструктура, условия, в которых используются средства производства. Вслед за Сен-Симоном марксизм говорит о том, что принципы политической экономии первичны по отношению к принципам гражданского права. Все находится в зависимости от экономической структуры -- идеи людей, нравы, мораль, религия.

Точно так же и право -- это не более чем надстройка, его реальное назначение -- служить интересам тех, в чьих руках находятся рычаги власти в данном обществе. Оно -- инструмент, используемый теми, кому принадлежит власть и кто распоряжается средствами производства. Право -

- это средство подавления эксплуатируемого класса. Оно справедливо только с субъективной точки зрения господствующего класса. Говорить о справедливом праве вообще -это значит обратиться к идеологии, то есть ложному отражению реальности. Справедливость -- это историческое понятие, зависящее от условий жизни определенного класса. Право буржуазного государства, пренебрегающее интересами пролетариата, является, с его точки зрения, отрицанием справедливости.

Таким образом, марксистская трактовка права прямо противоположна нашим традиционным представлениям о нем. Чтобы несколько глубже разобраться в этом вопросе, а также понять, как представляется в этой связи будущее коммунистическое общество, следует обратиться к взглядам Ф. Энгельса на государство и право, изложенным в книге "Происхождение семьи, частной собственности и государства" (1884 год).

133. Марксистская концепция государства и права. По Энгельсу, в начале истории мы видим общество без классов, где все его члены находились в равном положении по отношению к орудиям производства. Все были равны, независимы друг от друга, ибо эти орудия находились в свободном распоряжении всех. Правила поведения соблюдались, но, походя на нравы и не будучи снабжены принудительными санкциями, эти правила не были нормами права.

Позднее в результате общественного разделения труда в примитивном обществе произошло расслоение и выделилось два класса. Один из них овладел средствами производства и начал эксплуатировать другой класс, лишенный этих средств. В этот момент появляются право и государство. Между этими двумя явлениями марксист видит прямую связь. Право -- это такое правило поведения, которое в отличие от всех других содержит принудительный момент, возможность вмешательства государства. Властвующее в обществе государство, угрожая принуждением или применяя его, обеспечивает соблюдение этого правила. Нет права без государства и государства без права. Это два слова, которые обозначают одно и то же явление.

Не всякое человеческое общество знает государство и право. Они - продукты определенной экономической структуры и не возникают до тех пор, пока не произойдет раскола общества на классы, из которых один эксплуатирует другой или другие. Господствующий класс использует в этих условиях государство и право, чтобы укрепить и продлить свое господство.

Право -- это орудие классовой борьбы, служащее защите интересов господствующего класса и сохранению выгодного для него социального неравенства. Оно может быть определено как совокупность социальных

норм, которые регламентируют отношения господства между правящим и подчиненными классами в той части, в какой эти отношения не могут сохраняться без опоры на принудительную силу хорошо организованного государства. Что касается государства, то это организация господствующего класса, с помощью которой этот класс обеспечивает подавление эксплуатируемого класса и охрану своих интересов.

Право и государство существовали не всегда. Их появление -- это "диалектический скачок". Переход от общества без государства и права к обществу с правом и государством -- это невиданная дотоле социальная революция. Все последующее развитие носило скорее "количественный" характер в том смысле, что лишь видоизменяло уже существующее государство и право, но в рамках классового общества, основанного на частной собственности на средства производства. История общества -- это по преимуществу история борьбы классов. Повороты истории связаны с победой части ранее эксплуатируемого класса, который отныне становится эксплуататорским классом. Появление нового социального класса прогрессивно, ибо соответствует более развитому состоянию способа производства, техническому прогрессу, общим устремлениям общества. Однако средства производства по-прежнему в частной собственности небольшого числа лиц и, следовательно, сохраняется деление на эксплуататоров и эксплуатируемых.

134. Предвидение общества без права. Марксизм как политическая доктрина исходит из того, что причиной всех зол в обществе является антагонизм социальных классов, который исчезнет лишь тогда, когда будет положен конец частному присвоению средств производства и они будут переданы в распоряжение всех и использоваться в интересах всех. Так появится новое, коммунистическое общество, не знающее эксплуатации человека человеком и руководствующееся принципом "от каждого по способностям, каждому по потребности". Принуждение станет ненужным, а его носители -- государство и право -- отомрут. Эта доктрина полностью противоположна фашистской, превозносящей роль государства, всемогуществу которого приносятся в жертву интересы индивидов.

Переход к новому обществу без государства и права -- это еще один диалектический скачок в истории, но обратный тому, о котором говорилось выше. Человек становится свободным, он принадлежит самому себе и не должен продавать свою рабочую силу в интересах эксплуататоров из господствующего класса. Нормы поведения, которые сложатся в этом будущем обществе, приобретут такой же характер, как и в ранних обществах, то есть это будут правила морали, обычаи, технические

предписания. Они будут соблюдаться спонтанно в силу убежденности в их соответствии общему интересу и подлинной справедливости. Все граждане в меру своих способностей примут участие в управлении делами общества. Уровень производства позволит удовлетворить разумные потребности каждого.

135. Марксизм как теория действия. Марксистская доктрина, сформулированная в основных чертах в 1848 году в "Манифесте Коммунистической партии", развивалась затем Марксом и Энгельсом на протяжении всей их жизни. Они защищали ее от противников, уточняли для последователей. Маркс и Энгельс были не только мыслителями, но и партийными деятелями. Они внимательно следили за событиями своего времени, анализировали ситуации, возникавшие в разных странах, и формулировали выводы о том, какова должна быть линия поведения, призванная привести к конечному успеху сторонников доктрины. Марксизм, таким образом, -- это не только объяснение истории, но и основанное на диалектическом методе руководство по политической деятельности и революционной практике.

136. Марксизм-ленинизм. В отличие от исторической и философской частей марксистского учения его политическая часть требовала постоянного учета изменяющихся условий, и особенно после того, как партия большевиков пришла к власти в России в 1917 году. Роль Ленина в этой связи была настолько велика, что и в Советском Союзе, и в других странах марксизм в наше время называют марксизмом-ленинизмом.

Ленинизм был особенно необходим для определения линии поведения в переходный от капитализма к коммунизму период. Маркс и Энгельс не могли предвидеть, в какой стране впервые произойдет революция, приведшая к власти марксистскую партию, и какова будет обстановка в мире в этот момент и в последующем. В трудах Маркса имелось лишь указание на то, что между капитализмом и коммунизмом должен быть переходный период. "Между капиталистическим и коммунистическим обществом лежит период революционного превращения первого во второе. Этому периоду соответствует и политический переходный период, и государство этого периода не может быть ничем иным, кроме как революционной диктатурой пролетариата". После завоевания власти надо было определить, каковы должны быть структура и задачи социалистического государства. Ленинизм как политическая доктрина во многом развил и дополнил учение Маркса. Он именно дополнил это учение и ни в какой мере не является его отрицанием. Ленинизм опирается на марксизм и последовательно верен ему. Он воспринимает диалектику и

философию марксизма.

137. Важность марксизма-ленинизма. Нельзя понять советский строй, если не подходить к нему в свете марксистско-ленинского учения, которое признается здесь единственно истинным. В свете этого учения многие вещи приобретают иной смысл, чем тот, к которому мы привыкли. Такова, например, новая концепция морали: быть нравственным -- это значит отдавать все свои силы и энергию делу строительства коммунизма. Свобода отнюдь не упраздняется, но так же понимается иначе и в определенном смысле напоминает концепцию, которая господствовала во Франции до XVIII века и выражена Монтескье в "О духе законов" следующим образом: "Свобода состоит совсем не в том, чтобы... делать то, что хочется. В государстве, т. е. в обществе, где есть законы, свобода может заключаться лишь в том, чтобы... делать то, что должно хотеть, и не быть принуждаемым делать то, чего не должно хотеть"<sup>2</sup>. Марксизм как научная теория, призванная объяснить человеку, что он должен хотеть, создает тем самым условия для его подлинной свободы.

Равным образом своеобразен и подход к праву, весьма отличающийся от концепций, распространенных в Западной Европе'. Роль социалистического права состоит не столько в том, чтобы установить определенный порядок и принципы решения конфликтов, но прежде всего в том, чтобы служить орудием преобразования общества, его движения к коммунистическому идеалу. Открыто признается, что право -- это инструмент, используемый властями государства, которые в социалистических странах (в отличие от буржуазных), будучи вооружены учением марксизма-ленинизма, знают цели, к которым нужно следовать в соответствии с объективными закономерностями, определяющими развитие общества. У права те же цели, что и у политики.

Экономический базис, который обуславливает советское право, а также свойственная этому праву воспитательная роль решительно отличают его от буржуазного права, которое действует как бы вслепую, ибо оно не опирается на такую основу, как марксистско-ленинское знание. Именно в силу своей связи с этим учением советское право "не такое, как другие", и его изучение предполагает знание марксистско-ленинского учения, которое определяет его цели, пути развития, толкование и применение. 138. Отношения между советскими и иностранными юристами. Марксистско-ленинский подход к советскому праву ставит определенные границы на пути его сравнения с буржуазными правовыми системами. Это связано с различием экономических структур, которые и обуславливают оценку права: советского как хорошего, буржуазного как

плохого. Марксистский подход ведет к недоверию буржуазным юристам, которые намеренно или неосознанно защищают интересы буржуазного класса<sup>2</sup>. Меры, проводимые в буржуазном обществе, хотя и могут частично быть уступками пролетариату, но в целом направлены на упрочение власти господствующего класса.

Очевидно, таким образом, что на уровне принципов согласие между советскими и буржуазными юристами достигнуто быть не может и сравнение соответствующих правовых систем будет плодотворным только в юридико-техническом плане. Несмотря на различие политических систем, и тут, и там могут возникать сходные проблемы, порожденные экономическими, социальными и моральными причинами. Принципиальные расхождения нередко стираются, когда вопрос переходит в практическую плоскость. И тогда мы убеждаемся в том, что можем многое узнать, обратившись к опыту Советского Союза. Такова, например, идея о том, что участие трудящихся в управлении необходимо для того, чтобы оно стало эффективным и подлинно демократичным. Эта идея получает все большее распространение и за пределами марксистских стран.

### Глава III. НОВЫЙ СТРОЙ

139. Советский Союз и другие страны. Россия и другие страны, вставшие на путь коммунистического строительства, имели разные правовые традиции. Различны были и пути прихода коммунистов к власти. Наконец, руководители стран народной демократии имели возможность использовать опыт, накопленный СССР. Поэтому мы рассмотрим отдельно право Советского Союза и право других европейских социалистических стран. Такой путь покажет немалые различия, но завершим мы рассмотрение показом того, как над всеми этими различиями господствует сегодня общий принцип -- принцип социалистической законности. Отдел I. Советское право после 1917года

140. Октябрьская революция. 7 ноября 1917 года (25 октября по юлианскому календарю, действовавшему в то время в России) победоносная революция привела к власти большевиков. С этого дня начинается новая эпоха в истории России.

Партия большевиков твердо намеревалась построить как можно скорее коммунистическое общество, о котором писали К. Маркс и Ф. Энгельс. Однако многие вопросы были неясны и марксистская доктрина требовала практических уточнений. К. Маркс и Ф. Энгельс открыли законы развития общества, они указали финальную стадию, на которой будет мир и счастье, они разработали пути завоевания власти. Но марксистская доктрина не давала точных указаний о том, что надо делать после завоевания власти,

как практически организовать общество в ожидании всемирной победы коммунизма. К. Маркс считал, что революция победит сначала в индустриально развитой стране, а произошла она в стране преимущественно аграрной. К. Маркс полагал, что революция распространится очень быстро во всем мире или хотя бы во всей Европе; однако Россия после 1917 года осталась одна. Как понимать в этих условиях переходный этап -- этап социалистического государства, предусмотренный К. Марксом?

Внимание марксистов в предшествующем периоде было обращено прежде всего на анализ противоречий капитализма, на пути завоевания власти, на описание будущего коммунистического общества, с тем чтобы дать определенный идеал пролетариату. Переходный этап -- социализм -- не был детально разработан, в том числе и в юридическом аспекте. Все соглашались с тем, что это будет период диктатуры пролетариата. Но можно ли называть пролетариатом только рабочий класс после победы революции в стране, где этот класс не составляет большинство? И с помощью каких методов и путем организации каких институтов пролетариат будет осуществлять свою диктатуру? Богатая работами в области философии, истории, экономики и политики, марксистская доктрина была весьма бедна правовыми трудами; некоторые существовавшие к тому времени юридические работы социалистической ориентации принадлежали, как правило, авторам, которые не были ортодоксальными марксистами и говорили о построении социализма эволюционным путем, без установления диктатуры пролетариата.

В этих условиях доктрина формировалась эмпирическим путем хотя и с участием юристов, но под преобладающим влиянием политических руководителей, и прежде всего Ленина.

Развитие советского права с 1917 года включает два главных этапа. Первый (От Октябрьской революции до принятия Конституции СССР 1936 года) -построение социализма. Второй (начиная с 1936 года и до настоящего времени) -- дальнейшее развитие социалистического государства к коммунизму.

#### 1. От буржуазного государства к социалистическому

Первый этап истории советского права, который заканчивается провозглашением 5 декабря 1936 года Конституции СССР, делится на три периода: военный коммунизм (1917--1921 годы), новая экономическая политика -- НЭП (1921--1928 годы), период полного обобществления средств производства (1928--1936 годы).

141. Период военного коммунизма. Очень важная работа, проделанная в этот период, отмечена рядом особых обстоятельств. Россия находилась в тяжелых условиях гражданской войны и иностранной интервенции, в стране царила разруха. Новой власти не раз угрожала военная опасность. Главным была не созидательная деятельность, а необходимость победить своих врагов, удержать власть, установить мир, а в случае неблагоприятного исхода борьбы по крайней мере героически провозгласить принципы революции.

Работа, проделанная в период военного коммунизма, носит отпечаток чего-то нереального. Складывается впечатление, что хотели сразу перейти к коммунистическому обществу, минуя предсказанный Марксом социализм. В первой Конституции РСФСР 1918 года нет даже слова "государство". Было провозглашено право наций на самоопределение (Декларация прав народов России), принята Декларация прав трудящегося и эксплуатируемого народа; опубликовано обращение ко всем трудящимся мусульманам России и Востока. Церковь отделена от государства, и принят Кодекс законов о браке. Земля, шахты, все важнейшие промышленные предприятия, банки национализированы, частная торговля запрещена. Казалось, что и деньги должны были исчезнуть, а договорные отношения заменит система прямого распределения продукции. Складывалось впечатление, что в России пытаются немедленно построить новое коммунистическое общество, минуя этап социализма. Наследование было отменено. К юристам относились с недоверием; старые суды и судебная процедура были ликвидированы. Вновь созданные суды выносили решения вне формальной процедуры, в соответствии с революционной совестью и правосознанием, в интересах власти рабочих и крестьян. Принятые в то время меры были очень интересны, так как они в какой-то мере показывали, какова же конечная цель коммунизма. Желание выполнить эту программу одним росчерком пера было нереальным. Однако в СССР были люди, сохранившие ностальгию по этим первым годам и стремившиеся вернуться к провозглашенным тогда установкам. Более реалистично мыслящие руководители пришли, однако, к выводу о том, что коммунизма удастся достигнуть лишь в отдаленном будущем, и сосредоточили все усилия на создании и укреплении социалистического государства. Эта работа началась по окончании гражданской войны и иностранной интервенции, когда полностью установившаяся Советская власть оказалась перед лицом гигантской по сложности задачи: восстановления страны и строительства социализма.

142. Новая экономическая политика (НЭП). Восстановлению страны,

разоренной войной, были посвящены семь лет, в течение которых задача немедленного строительства социализма отошла, по крайней мере внешне, на второй план. Эти семь лет--с лета 1921 года по 1928 год -- были годами НЭПа.

НЭП характеризуется определенным отходом от позиций предыдущего периода. Были допущены концессии, иногда значительные, как в целях увеличения занятости населения, так и для привлечения иностранного капитала. НЭП породил у многих впечатление, что революционные крайности прошлого отброшены, что режим как бы остепенился, что он "либерализуется", признавая такие традиционные ценности, как собственность и частная инициатива, равно как и невозможность общества, не основанного на праве.

На самом же деле созданные концессии в плане экономическом имели лишь ограниченное значение. Государство сохранило командные посты в промышленности и торговле: только в том, что касается сельского хозяйства, были сделаны серьезные отступления от принципов, так как допускалось существование класса зажиточных крестьян -- кулаков, использовавших наемный труд.

Представление, что большевики якобы возвращаются к методам буржуазного мира, было особенно нелепым, потому что в действительности происходил поворот к настоящей марксистской доктрине: руководители СССР отбросили иллюзию (если предположить, что они когда-либо ее имели) о том, что можно немедленно установить коммунизм, и вступили на путь построения социализма, наведя порядок в государстве и признав значение права.

143. Возврат к законности. Период НЭПа в этой связи отмечен многими событиями. Наиболее важным из них в интересующем нас аспекте было принятие кодексов:

Гражданского и Гражданско-процессуального кодексов, Уголовного и Уголовно-процессуального кодексов, нового Земельного кодекса. Кодекса законов о семье. Режим отказался от немедленного осуществления идеала - общества, основанного на простой справедливости и на простом правосознании. Одновременно была реорганизована система управления правосудием, провозглашен новый принцип социалистической законности и создан особый институт -- прокуратура -- для надзора за строгим соблюдением принципа законности всеми органами управления и гражданами. Управление как таковое было упорядочено; государственные предприятия отныне возглавили на основе единоначалия ответственные директора; за предприятиями была признана финансовая

самостоятельность, и в основу их деятельности был положен принцип хозяйственного расчета.

144. Отказ от НЭПа. НЭП дал эффект, который и предполагался. Русская экономика, разрушенная войной, была благодаря НЭПу восстановлена, и на территории СССР установился порядок. НЭП всегда рассматривался лишь как стратегическое отступление, пауза, необходимая перед построением социализма. Само собой разумеется, что такая пауза была лишь временной; программа коммунистической партии не была ни отброшена, ни изменена, она по-прежнему требовала полной коллективизации экономики, полной ликвидации эксплуатации человека человеком. Все было взаимосвязано в этом плане развития экономики; индустриализация страны в свою очередь требовала увеличения производства сельскохозяйственной продукции, которое могла сделать возможным только механизация и коллективизация сельского хозяйства. Международная напряженность делала опасным наличие класса кулаков, в которых иностранные государства могли найти в какой-то мере естественных союзников в их враждебной борьбе с СССР.

145. Интегральное обобществление экономики. Как только началось осуществление первого пятилетнего плана экономического развития страны (1928-- 1932 годы), произошел отход от НЭПа, который был прежде всего отмечен полным обобществлением промышленности и торговли и уничтожением концессий, ранее предоставленных частным лицам для эксплуатации некоторых предприятий. С 1930 года началась полная ликвидация кулаков на основе сплошной коллективизации сельского хозяйства. Это движение было закончено к 1937 году: 243000 колхозов, в пользовании которых находилось 93% полезных земель, заменили 18500000 крестьянских хозяйств.

С коллективизацией сельского хозяйства экономический базис СССР был приведен в соответствие с требованием марксистской доктрины. Все имущество и средства производства не были, конечно, полностью национализированы в прямом смысле слова; наряду с собственностью народа или государства существовали и продолжают существовать кооперативная и личная собственность. Однако все важнейшие средства производства в СССР обобществлены, так как, если они не принадлежат народу или государству, они принадлежат кооперативам, которые эксплуатируют их в соответствии с планом экономического развития, составленным органами управления и одобренным советским парламентом. Исключения, не меняющие самого принципа, касаются лишь определенных видов ремесленничества, и особенно вспомогательной

деятельности на приусадебных участках, где колхозники могут выращивать овощи и содержать скот в количестве, определенном законом. Торговлю в городах с 1935 года осуществляет полностью само государство, а в деревне -- потребительская кооперация.

Утвердилось понятие "личная собственность", подчеркивающее, что в той степени, в какой она допускается, личная собственность должна служить удовлетворению собственных нужд и не может являться источником нетрудового дохода.

146. Сохранение права. Период пятилетних планов характеризуется укреплением государства (функции которого расширились), власти, дисциплины во всяких формах, последовательным утверждением четко сформулированного принципа социалистической законности. Принятые в период НЭПа кодексы остаются в силе. Но многочисленные постановления различного характера понемногу изменяют эти кодексы, дополняют их, регулируя новые аспекты советской жизни. Право не только не отмирает, наоборот, оно становится все богаче и полнее. В соответствии с принципами диалектического материализма укрепление и развитие государства и права рассматривается как необходимое подготовительное условие их последующего отмирания в эпоху коммунизма.

Итоги двадцатилетних усилий были подведены в 1936 году, когда была принята новая Конституция: эксплуатация человека человеком ликвидирована, производительные силы отданы в распоряжение общества и эксплуатируются в интересах всех, многонациональное государство разрешило конфликты между народами, впервые в мире построено социалистическое государство, создана социалистическая правовая система и таким образом открыт путь к дальнейшему прогрессу и построению коммунизма.

## 2. От социалистического государства к коммунистическому обществу

147. Укрепление социалистического государства. Более полувека прошло после принятия Конституции 1936 года и создания экономического базиса социализма, на основе которого может быть построено коммунистическое общество. К чему же пришел Советский Союз в процессе перехода к коммунизму?

Первый вывод состоит в том, что коммунистическое общество до сих пор не построено в СССР. Диктатура пролетариата, сыграв свою роль, перестала быть необходимой в СССР, но еще не наступила коммунистическая стадия, на которой государство заменится самоуправлением, в котором объединятся Советы, профсоюзы, кооперативы и другие массовые организации. Государство, далекое от

отмирания, сильно и мощно как никогда; оно стало общенародным. Советское право также не отмерло: оно более обширно и императивно, чем когда-либо.

Второй вывод состоит в том, что не было никакого отступления назад. Советское государство остается государством социалистическим, основанным на экономическом базисе, соответствующем марксистской доктрине и глубоко отличающемся от структуры буржуазных государств. Коммунистическое общество не построено, но оно остается идеалом, к которому общество придет в один прекрасный день. Третий вывод состоит в том, что за время, прошедшее после 1936 года, несмотря на трудности и на тяжелую войну, которая причинила бесконечные страдания народу и нанесла серьезный ущерб экономике, Советский Союз стал могуществен как никогда и в национальном, и в международном плане. Если правда, что коммунистическое общество будет построено в результате невиданного усиления мощи государства, то сегодня более, чем когда-либо, близки условия, когда Советский Союз вступит в стадию коммунизма.

148. Препятствия к построению коммунизма. Каковы же, согласно советской доктрине, эти условия и как получилось, что коммунизм в настоящее время еще далек?

Это объясняется различными причинами. Первая из них - "капиталистическое окружение". Пока СССР будет чувствовать угрозу в силу существования мощных несоциалистических государств, он не сможет осуществить построение полного коммунистического общества.

Но "капиталистическое окружение" не единственное объяснение. Другая причина, которую следует учесть,-- это "пережитки капитализма в сознании людей". В этом отношении не может не сказаться прошлое; в течение веков люди привыкли к определенному образу мышления, привыкли считать нормальными поступки, которые на самом деле эгоистичны и антиобщественны. Недостаточно ликвидировать основной порок общества и оздоровить его экономическую систему, обобществить средства производства. Встает другая задача: перевоспитать людей и убедить их, что ныне не могут прощаться антиобщественные проступки, которые ранее можно было извинить и даже оправдать. Коммунистическая партия возлагает на себя особую ответственность в этой связи.

Сохранение государства и права необходимо на современной стадии и потому, что если классы в собственном смысле слова исчезли, то существуют социальные группы, образ жизни которых продолжает быть дифференцированным: горожане и жители деревень, интеллигенция и работники физического труда, управляющие и управляемые. Противоречия

между этими группами не носят антагонистического характера, но тем не менее существует опасность, что одна из этих групп может попытаться присвоить себе результаты труда других; государство должно существовать, чтобы помешать кому-либо посягать на социалистические институты. Оно необходимо, чтобы уничтожить всякое подобие противоречий между этими группами, стереть все грани между ними.

Чтобы добиться желаемого поведения граждан и получить возможность создания коммунистического общества, требуется предварительно еще одно условие -- изобилие. "От каждого -- по способности, каждому -- по потребности". Этот принцип коммунистического общества не может стать реальностью, если производство не будет развито настолько, чтобы предметы потребления были в достаточном количестве для всех. Сохранение аппарата социалистического государства необходимо для достижения этой цели.

149. Три задачи советского права. Советское государство и право в современную эпоху перехода от социализма к коммунизму ставят перед собой задачи трех видов. Первый, на котором не стоит особо останавливаться, -- это задачи национальной безопасности: надо укреплять мощь государства, чтобы отбить охоту у врагов социализма покушаться на советский строй и гарантировать мирное сосуществование государств и народов. Второй вид задач советского права -- это задачи экономического характера: развивать производство на базе принципов социализма таким образом, чтобы создать изобилие, которое только и может удовлетворить каждого "по потребностям". Третий вид задач советского права -- это задачи воспитательного плана: разрушать в людях эгоистические и антиобщественные тенденции, унаследованные от прошлых веков.

150. Экономическая власть: организация производства. Экономические задачи советского права сами по себе огромны. Социалистический строй требует в этом плане таких усилий руководителей, которые значительно превосходят усилия, требуемые от руководителей в капиталистических странах. Право в буржуазных странах может приходить и все чаще приходит на помощь экономике. Но здесь, где преобладает частный сектор, и организация производства и обмена осуществляется по частной инициативе, роль государства ограничена координированием, контролем, рекомендациями. Само же оно не берет на себя эксплуатацию средств производства.

В СССР же средства производства обобщены и "экономическая власть" не связана с частными интересами. Средства производства используются в общих интересах, а не с целью присвоения прибыли.

Руководство государством определяет условия этого использования, пути развития и роста производства, формы распределения, соответствующие общему интересу. Государство -- хозяин промышленности, торговли, сельского хозяйства. Задача управления и организации в масштабах такой страны, как СССР, в высшей степени трудна, тем более что основоположники марксизма не могли дать рецептов, как следует организовать экономическую власть, и здесь понадобился ряд экспериментов, которые вряд ли дали на сегодня окончательное решение проблемы. Повсеместно утвердилось плановое ведение экономики, но вместе с тем испытываются различные формы планирования; периоды централизации управления экономикой чередовались с периодами децентрализации. В области сельского хозяйства шел выбор между формами колхоза и совхоза. В сфере промышленного производства приходится бороться с бюрократическими тенденциями, искать стимулы для роста производства.

В экономической политике и использовании производительных сил допускались ошибки. Хотя Сталин и говорил, что цель социалистического производства -- не прибыль, а человек и удовлетворение его материальных и культурных потребностей, его методы управления не соответствовали этим словам; скорее человек был пожертвован интересам производства. Но как бы ни был тяжел этот период, сегодня советские люди используют его плоды: экономика огосударствлена, германский фашизм разгромлен, и стало возможным, осудив эксцессы сталинского периода, вернуться к подлинной марксистской доктрине, которая не проповедует мощь ради мощи, богатство ради богатства, а стремится к полному освобождению человека, его расцвету в обществе, не знающем эксплуатации.

151. Воспитание человека. Чтобы сделать возможным построение коммунизма, следует изменить человека, избавить его от предрассудков и привычек прошлого. В этом отношении уже многое достигнуто, но многое еще остается сделать. Поэтому постоянно ведется воспитательная работа, в которой призваны участвовать и юристы. У граждан должно выработаться новое отношение к труду, который рассматривается как дело чести, к социалистической собственности как всенародному достоянию, понимание справедливости законов, сочетающих общественные и личные интересы. Граждане должны исполнять законы не под страхом наказания, как это было в прошлом или в других общественных формациях, а потому, что таков уровень сознания людей, потому что они рассматривают их как естественные принципы, лежащие в основе нового строя. Нужно, чтобы граждане одобряли нормы социалистического права, чтобы это право было

подлинно народным. Особенно большая работа ведется по разъяснению гражданам Конституции и основных правовых институтов.

Все граждане принимают участие в принятии важнейших законов путем внесения предложений, необходимых и важных с их точки зрения дополнений к подготовленным проектам. В литературе с гордостью приводят число собраний, на которых обсуждались проекты Конституции, других законопроектов, и число дополнений и изменений, которые были при этом предложены. У граждан должно быть такое чувство, что закон, принятый выборными представителями, действительно является их законом и поэтому его следует соблюдать и исполнять. Советский суд задуман как школа. Он делает замечания, одобряет, дает советы, подобно тому как это часто делает и сам закон. Комплектование суда, процессуальные правила, даже само его существование объясняются во многом воспитательной ролью советского права. Считается недостатком, если обвиняемый внутренне не осознал обвинительного приговора, если стороны покинули суд непримиренными и не поняли справедливого характера акта применения социалистического закона. С помощью такого метода убеждения всякое принуждение мало-помалу станет ненужным и право в конце концов сможет отказаться от своего принудительного аспекта, от санкций, сохранив лишь свое организационно-регламентирующее начало. Согласно формуле Ф. Энгельса, управление вещами и процессами заменит управление людьми. Каждый без всякого внешнего воздействия будет соблюдать правила, формулируемые теми, кто управляет общественным производством, ибо полезность этих правил очевидна для всех. Общество будет функционировать без всякого принуждения; не будет больше права в том смысле, как его трактует марксизм.

152. Значение советского права для несоциалистических стран. Идеал коммунистического общества в настоящее время еще не достигнут. Однако государственная власть, которая стремится реализовать этот идеал, сделала попытки применения некоторых новых форм, когда общественные отношения уже не регламентируются только или преимущественно правом, как было раньше. В Советском Союзе можно встретиться с передачей общественным организациям функций, выполняемых ныне государством, использованием иных, чем право, приемов регулирования некоторых аспектов общественной жизни, и все это достойно того, чтобы привлечь наше внимание.

В ряде капиталистических стран даже уголовное право обнаруживает тенденцию раствориться (или приобрести новые черты) в новой концепции

социальной защиты, где доминирует совокупность криминологических наук и соединены психология, медицина и социология. Арбитражная техника в ряде областей (торговом праве, трудовом праве) равным образом стремится подменить собой строгие нормы права. Во всех этих вопросах Советский Союз развивает свою принципиальную позицию отмирания права. И эта позиция обогащает его опытом, который сможет представлять интерес и ценность и для несоциалистических стран. Отдел II. Другие социалистические страны

153. Общая характеристика. По своим главным направлениям развитие европейских социалистических стран шло по тому же пути, что и Советского Союза. Иначе не могло и быть, так как приверженность к марксистской доктрине требовала проведения идентичных социальных, правовых и экономических мер.

Вместе с тем положение Советского Союза и других европейских социалистических стран во многих отношениях различалось. Ни одна из этих стран не обладала такой территорией, мощностью, международным значением, как Советский Союз. Уже геополитический фактор с неизбежностью предопределил различие, с которым ставились и решались многие проблемы. Коммунистические партии неодинаково пришли к власти. Не совпадали во многом экономические и социальные структуры, а также традиции. Политика, даже тогда, когда она преследует одну и ту же общую цель, приспособлялась к среде и обстоятельствам. Поэтому модель Советского Союза не могла быть просто перенесена на другие государства. Этому мешали их традиции, уровень индустриализации, культура, социальная структура.

В Советском Союзе признается, что по тем или иным основаниям между его правом и правом других социалистических стран возможны различия. Отходы от советской модели вполне естественны, однако имеется предел, который нельзя перейти, если государство хочет остаться в семье социалистических стран. В Советском Союзе с известной настороженностью смотрят на стремление некоторых стран сконструировать "новую модель социалистического общества", поскольку за этим может скрываться отказ от некоторых основополагающих принципов социализма.

154. Уважение к праву. До Октябрьской революции русский народ не считал право основой социального строя. В законах он видел капризы царя и способ административного управления. Когда марксизм провозгласил отмирание права, это настолько мало шокировало русских, что полное отмирание права можно было бы осуществить уже на следующий день

после революции. Утверждение по инициативе Ленина принципа социалистической законности в период НЭПа показалось многим отступлением от социалистического пути; полагали, что верность революции и марксизм потребуют отказаться от этого принципа одновременно с НЭПом.

Иной была ситуация в других социалистических странах. Как бы ни различались они между собой, каждая из них до 1945 года или уже реализовала, или готовилась реализовать идеал государства, основанного на праве. Ни одна из них не знала, как Россия, периода военного коммунизма. Используя опыт Советского Союза, здесь сразу же признали необходимость переходного периода от капиталистического строя к коммунистическому обществу. Принцип социалистической законности был признан без каких-либо затруднений. Сохранилось и традиционное уважение к праву. Все это способствовало наличию старых и новых юристов, готовых работать при новом режиме.

155. Сохранение старого права. Ни в одной из европейских социалистических стран не сочли необходимым сразу же в целом отменить все старое право, как это сделали в России. Были сломаны экономические и политические структуры, но при этом постарались сохранить то, что было возможно, в юридическом плане, в частности испытанную технику, что, однако, не препятствовало обновлению права. Что касается содержания права, то были отменены нормы, отражавшие его классовый характер. В целом же старое право сохранилось; к нему относились с доверием, как к национальному культурному достоянию.

В качестве примера обратимся к Югославии. В феврале 1945 года Президиум антифашистского Совета национального освобождения отменил старое право в целом, но разрешил судьям применение тех его норм, которые "не противоречат требованиям борьбы за национальное освобождение, декларациям и решениям антифашистских комитетов и комитетов национального освобождения". В 1951 году Верховный суд страны еще раз четко подчеркнул значение, сохраняемое старым правом и указал судам, что всякий раз, когда они отказываются применить норму этого права, следует уточнить, "какой норме, институту или политическому принципу противоречит применение этой нормы. Суды не могут ограничиться одним лишь общим указанием на то, что ныне она потеряла силу".

156. Обновление права. Не будем, однако, переоценивать значение того факта, что старое право сохранилось. Старые законы толковались по-новому с учетом происшедших революционных изменений. Кроме того,

были проведены большие законодательные и кодификационные работы, благодаря которым старое право действовало скорее теоретически.

Создание нового права было необходимостью, ибо речь шла о строительстве социалистического общества, принципиально отличного от предшествующего. Оно могло быть осуществлено двумя способами: с одной стороны, копированием советской модели; с другой -- использованием имеющихся институтов, в которые следовало вдохнуть новые идеи и поставить их, таким образом, на службу социалистическому государству.

Вначале преобладал первый способ, причем в масштабах, которые сегодня оцениваются как чрезмерные. Затем последовательно набирал силу второй. Юристы социалистических стран приветствовали обновление марксистско-ленинской доктрины, явившееся следствием XX съезда КПСС в 1956 году. Отныне преобладало новое течение, менее властное и менее догматическое.

157. Обобществление. Реформы были направлены прежде всего на обобществление средств производства.

Наиболее успешными они оказались в сфере индустрии. В разных странах перспективные планы промышленного развития потребовали передачи государству всех промышленных предприятий; рабочий класс не должен был отныне находиться в подчинении частных собственников и эксплуатироваться ими. Национализация промышленности была облегчена и тем, что многие индустриальные предприятия принадлежали иностранному капиталу или собственникам, скомпрометировавшим себя связями со старыми политическими режимами.

Как и в СССР, в странах народной демократии была запрещена частная торговля. Однако здесь этот процесс не пошел так далеко. Частные продовольственные магазины сохранились в Болгарии и Венгрии. И в других странах, как, например, в Польше, был достигнут компромисс: государство передавало частным предприятиям право осуществлять определенную торговую деятельность.

Трудности, как и в России, вызвала национализация земли и коллективизация сельского хозяйства. В большинстве стран эти трудности были преодолены таким образом, что ситуация здесь если и не идентична советской, то в целом похожа на нее. Однако две страны -- Польша и Югославия -- во многом не последовали общему направлению.

В Польше не была осуществлена национализация земли, и большая часть сельскохозяйственной продукции производится индивидуальными хозяйствами. Им принадлежит 83% обрабатываемой земли. Возникшие

вначале колхозы к 1956 году прекратили свое существование. Закон лишь ограничил размеры индивидуальных наделов 15--20 гектарами. Существует, с некоторыми оговорками, свобода распоряжения недвижимостью. Польские руководители и юристы ищут новые формы, которые способствовали бы укреплению идеи коллективизации.

Коллективизация в Югославии пошла не далее, чем в Польше. Первая реформа 1945 года ограничила размер землевладения 25--30 гектарами. Эта мера означала конфискацию земель, принадлежащих церкви и крупным собственникам, но она не вела к национализации, поскольку конфискованные земли распределялись между бедными крестьянами. Шаг к коллективизации был сделан в начале 50-х годов. Размер индивидуальных хозяйств был ограничен 10 гектарами, а семейных хозяйств (задруг) -- 25 гектарами. Поскольку же осуществлялась коллективизация, она проходила в форме создания совхозов, а не колхозов. Далеко она не пошла: 90% обрабатываемой земли находится в руках 2 300 000 мелких сельскохозяйственных производителей -- индивидуальных и семейных,-- причем 30% этих производителей имеют участок размером до 2 гектаров. Основная масса сельскохозяйственной продукции производится, таким образом, за пределами коллективизированного сектора.

Сказанное выше не означает, что руководители обеих стран -- Польши и Югославии -- отказались от идеи коллективизации. Но они не хотят осуществлять ее с помощью властных мер и неизбежных при этом потерь, предпочитая методы воспитания и убеждения, стараясь привлечь крестьянство перспективой материальных преимуществ.

158. Планирование. Так же как и в Советском Союзе, экономика и других социалистических стран основана на планировании, которое, однако, организовано неодинаково. Эти особенности не должны удивлять, ибо марксизм-ленинизм говорит именно о принципе планирования, а не о его формах. В Советском Союзе в разные периоды можно было увидеть тенденцию как к централизации, так и к децентрализации, жесткое планирование производства сменялось более гибким. Специфические особенности планирования в других социалистических странах связаны с факторами социального и географического порядка.

159. Югославский путь. Особый случай представляет Югославия, правительство которой в 1948 году оказалось в конфликте с руководством СССР.

По мнению югославов, марксизм-ленинизм требует, чтобы средства производства были реально переданы в распоряжение народа в лице непосредственных производителей, коллективов трудящихся. В то время

как в Советском Союзе настаивали на усилении государства, югославы считали, что государство должно начать отмирать немедленно, и этот процесс призван охватить все общественные сферы в той мере, в какой он не вредит успеху социалистического строительства. У русских и югославских коммунистов один и тот же идеал, но пути к нему они видят разные. Югославы критиковали Советское государство за бюрократизацию и считали систему, сложившуюся в СССР, государственным капитализмом.

160. Три югославские конституции. Чтобы избежать бюрократизации государства и сделать его демократическим, народные массы должны участвовать в государственном управлении и в ведении национальной экономики, а у государства нужно постепенно отбирать его традиционные функции и передавать их обществу. Только так мыслимо государство при социализме. Этими установками руководствовался строй, созданный под руководством маршала Тито.

По Конституции Югославии 1946 года было создано централизованное государство, аналогичное Советскому. После обобществления средств производства и исчезновения класса капиталистов в 1953 году была принята новая Конституция, пересмотренная в 1974 году. Государство было реорганизовано. Публичная власть была децентрализована в том плане, что региональным и местным коллективам была предоставлена широкая автономия. Экономика демократизирована в том плане, что рабочие и служащие получили возможность участвовать в ведении экономики страны.

Экономическая политика, по мнению югославы, не должна способствовать расширению государственной собственности, ее задача прямо противоположна: превратить эту собственность в общественную, управлять которой будет не государственная бюрократия, а сами трудящиеся. Передачу функции государства обществу -- "свободным союзам производителей" -- следует начинать именно с экономических функций. Народ призван участвовать в осуществлении не только политической, но и экономической власти, и как отражение этой формулы в Югославии параллельно с каждым Национальным собранием (федеральным, республиканскими) и национальным комитетом (района, общины) создаются Собрание или Комитет производителей, избираемые непосредственно ими самими.

161. Самоуправление предприятий. В каждом промышленном предприятии страны имеется Рабочий совет -- высший орган предприятия, который руководит им, распределяет доходы или, во всяком случае, контролирует их использование. Это и есть известное "самоуправление

предприятий" -- гордость югославских руководителей. Правда, это самоуправление несколько ограничено наличием директора, который назначается специальной смешанной комиссией при народном комитете общины. Директор призван обеспечить должную организацию производства, с тем чтобы оно учитывало планы и интересы социалистической экономики всей страны. В особых случаях, когда некомпетентность самоуправления ставит под угрозу общественные интересы, оно может быть временно ограничено прямым вмешательством властей, берущих на себя управление предприятием.

162. Отмирание государства. Мы видим, как понимается и осуществляется отмирание государства в экономической сфере. Государство и бюрократия должны одновременно утрачивать и другие функции, прежде всего те, которые затрагивают интеллектуальную сферу -- воспитание, здравоохранение, социальное обеспечение. Вместе с тем государство в Югославии сохраняет функции, связанные с применением принуждения и направленные на поддержание спокойствия и порядка. Эти функции перейдут к самому обществу лишь в последнюю очередь, и произойдет это тогда, когда исчезнут все неравенства, которые и являются источником нарушения мира и порядка.

163. Влияние югославского пути. Югославская критика в адрес советских институтов была в 1948 году воспринята в СССР как измена социалистическому лагерю. Но после смерти Сталина и XX съезда КПСС встал вопрос, не содержала ли эта критика долю истины и не давали ли условия, существовавшие в ФНРЮ и отличающиеся от советских, этой республике право избрать свой путь, также отличающийся от советского. СССР и другие социалистические страны постарались устранить то, что составляло центральный пункт югославской критики. Были осуждены отдельные допущенные ошибки, чрезмерный бюрократический централизм с его медлительностью в решении дел, и др.

Ряд стран социалистического лагеря, в том числе Советский Союз, после 1956 года сочли необходимым провести реформы, направленные на ликвидацию "бюрократических искажений социализма" и восстановление принципов социалистической демократии. Очевидно, что при этом сыграл свою роль и опыт, накопленный в Югославии.

164. Единство социалистических стран. Социалистические страны представляют собой неоднородную картину. Один из американских авторов, пытавшийся установить, что определяет общность права этих стран, нашел без большого труда много расхождений, но ни в публичном, ни в частном плане не обнаружил единообразных решений'. Это

естественно, поскольку речь идет о странах, которые были и остаются непохожими одна на другую. Институты и право в каждой из них по-своему оригинальны, и единство социалистических стран вовсе не требует отказаться от этого. Это единство предполагает приверженность к некоторым фундаментальным принципам, к определенной концепции социального строя и чувство солидарности с Советским Союзом. Не следует забывать, что и Советский Союз еще не достиг того типа общества, который является конечной целью марксизма. Отдел III. Принцип социалистической законности

165. Постановка вопроса. Марксистское предположение об отмирании права в коммунистическом обществе послужило для многих юристов буржуазных стран поводом, чтобы поставить вопрос: а существует ли вообще советское право и признает ли государство, стремящееся к своему отмиранию, принципы права и законности?

На этот вопрос следует ответить четко и ясно: в Советском Союзе и других социалистических странах принцип социалистической законности подчеркнут со всей силой и одновременно имеются все гарантии для того, чтобы сделать этот принцип действенным.

#### 1. Значение принципа законности

166. Наличие социалистического права. Сегодня в Советском Союзе далеки от утопических позиций периода военного коммунизма, когда верили, что можно заменить право революционным правосознанием. С утверждением принципа законности праву были вновь возвращены его значение и авторитет.

Советский Союз в настоящее время -- это еще не коммунистическое общество, где общественные отношения будут регулироваться одним лишь спонтанным чувством солидарности и общественного долга. Ныне на повестке дня стоит вопрос о дисциплине: дисциплине труда, плановой дисциплине. В их обеспечении право и принуждение играют хотя и не исключительную роль, но тем не менее такую, которую неправильно было бы недооценивать. Право и государство на современной стадии развития -- это необходимость. Органы управления, государственные предприятия, кооперативы, граждане, участвуя в жизни общества, действуют в соответствии с правом. Строгое соблюдение принципа социалистической законности, строгое поддержание правопорядка являются абсолютными императивами.

167. Смысл слова "социалистическая" в применении к законности. Что означает определение "социалистическая", когда речь идет о законности? Это не просто добавление, потому что именно оно в глазах советских

юристов раскрывает содержание принципа законности и смысл соблюдения законов.

Советские граждане должны соблюдать законы потому, что эти законы справедливы, а справедливы они потому, что их издает социалистическое государство, которое выражает интересы всех, а не какого-либо привилегированного класса. Марксисты часто выступали против буржуазной законности, поскольку в несоциалистических странах право защищает и увековечивает несправедливый социальный строй. В СССР от граждан требуется строгое соблюдение правопорядка. Возникает необходимость объяснить это изменение отношения. "Экономический строй общества, материальные условия господствующего класса определяют его общественное сознание, его волю и интересы, которые находят свое выражение в праве... Отрыв права и законности от экономики, рассмотрение правовой системы независимо от существующих экономических отношений несовместимы с коренными положениями советской юридической науки". Ценность принципа законности определяется тем, установлению какого строя он служит, каково содержание действующих правовых норм. Принцип законности имеет смысл только в условиях социалистической экономики и подчинен ее императивам. Не следует делать из права фетиш. Право -- это важная и необходимая вещь, но тем не менее оно не более чем надстройка над базисом, при котором орудия и средства производства обобществлены и используются в интересах всех. Определение "социалистическая" и напоминает об этом элементарном положении марксистской доктрины.

168. Утверждение принципа социалистической законности. Этот принцип утвердился не без трудностей. В период военного коммунизма для него не было достаточной почвы уже по одному тому (оставляя в стороне принципиальную сторону вопроса), что отсутствовала сколько-нибудь детализированная система правовых норм. Утверждение принципа началось при НЭПе. Но это был период компромисса, когда опасались, что капиталистические элементы смогут использовать право к своей выгоде в ущерб социалистическому строительству. Это сдержанное отношение к праву проявилось даже у многих юристов, которым представлялось, что издаваемые в этот период кодексы были призваны способствовать частному предпринимательству и гарантировать его. Безоговорочное признание права и законности пришло позднее, уже после ликвидации НЭПа, когда было создано социалистическое общество.

169. Государственные предприятия. Именно в этот период возникает вопрос, не следует ли проводить различия в отношении к праву и к

принципу законности государственных органов и предприятий, с одной стороны, и граждан -- с другой, не подчинены ли полностью этому принципу лишь последние. Сколько-нибудь значительные споры, затрагивающие государственные организации, в настоящее время не подпадают под общую судебную юрисдикцию. Они выходят за пределы этой юрисдикции и подведомственны учреждениям, которые носят название арбитража (государственный арбитраж и ведомственный арбитраж). Сам этот термин является не вполне ясным в том смысле, что он дает повод думать, будто отношения между государственными предприятиями выпадают из сферы действия права в собственном смысле этого слова или что его применению могут помешать различного рода соображения. Возможно, что в момент создания системы государственного и ведомственного арбитража (в 1931 году) выбор этого наименования и был связан с подобной идеей'. Но что бы там ни было вначале, ныне ситуация совершенно ясна: государственные организации, точно так же как и граждане, строжайшим образом подчинены действию принципа социалистической законности, и отношения между этими организациями самым тщательным образом регламентированы правом. При разрешении споров между ними органы арбитража должны применять именно нормы права; исключаются решения, основанные на каких-либо соображениях неюридического порядка.

170. Императивный характер советского права. В Советском Союзе многие проблемы принимают своеобразный вид; в частности принцип социалистической законности в ряде отношений отличается от принципа господства права (Rule of Law) в том виде, как он признан в буржуазных странах. Следует указать на некоторые из этих отличий, которые свидетельствуют об оригинальности советской правовой системы на данном этапе социализма.

Первое отличие связано с теми новыми функциями, которые призвано выполнять право в советском обществе. Советская власть -- это революционная власть, которая стремится радикальным образом изменить существовавшие ранее условия и основать новое, коммунистическое общество. Советское социалистическое право видит свои первоочередные функции в том, чтобы способствовать должной организации экономических сил общества и выработке новых форм поведения граждан. Динамизм, имманентно присущий этим функциям, отличает советское право от буржуазных правовых систем. Несоблюдение права в Советском Союзе -- это не только посягательство на интересы тех или иных лиц, это не только вызов морали, это вместе с тем угроза успешному

осуществлению государственной политики. В буржуазных странах способы, с помощью которых заключается, толкуется и исполняется договор, отвечают прежде всего частным интересам, а в Советском Союзе - интересам успешного планирования и развития национальной экономики. Эти новые функции права в жизни общества и революционный характер власти ведут к тому, что в Советском Союзе уважение к праву носит более категорический характер, чем в буржуазных странах, где право в конечном итоге нередко интересуется больше частных лиц, чем общество в целом.

Иеринг напрасно призывал граждан буржуазных стран бороться за право'. В этих странах продолжает господствовать мнение, что плохой мир лучше, чем хороший процесс. Общество привыкло к подобным взглядам и соответствующей практике. Такая точка зрения не может превозобладать в Советском Союзе, где само общество прежде всего заинтересовано в уважении к праву как инструменту политики власти. "Мы ничего "частного" не признаем, для нас все в области хозяйства есть публичноправовое, а не частное",-- писал Ленин<sup>2</sup>. Эту формулу следует понимать в том смысле, что все советское право нацелено на создание нового социального порядка. Нарушение права привлекает поэтому внимание не только того, кто явился непосредственной жертвой этого нарушения, но и государственных органов и самого государства.

Принцип законности в Советском Союзе более необходим и соблюдается строже, чем в буржуазных странах, где право стремится прежде всего к установлению справедливости в отношениях между частными лицами и где оно, следовательно, расширяет сферу своего воздействия лишь постольку, поскольку заинтересованные лица предпринимают те или иные действия для защиты своих прав.

В Советском Союзе, где праву отведены иные функции, принцип законности стремятся соблюдать более строгим образом и более действенно гарантировать уважение к этому принципу. И общество, и власть в Советском Союзе заинтересованы в этом гораздо больше, чем в буржуазных странах.

171. Социалистическое право и естественное право. Второе различие социалистического права и буржуазных систем права связано с тем, как относятся первые и вторые к естественному праву. Марксизм часто изображают как чисто позитивистскую доктрину, которая отрицает естественное право. В действительности все обстоит сложнее. Марксизм считает правовыми лишь те правила поведения, которые изданы или санкционированы государством. В этом аспекте его можно отнести к позитивистским учениям. Однако марксизм не ограничивается в отличие от

этих учений лишь внешним, формальным аспектом права. С его позиции право не должно быть изолировано от социальных фактов. Исходя из этой посылки, марксизм уходит от позитивистского видения права и признает его "данность", под которой понимается естественная и социальная среда, в которой происходит в ходе истории процесс "создания" права. Законодатель отнюдь не всемогущ. Он не может творить право по прихоти, так как связан в своей деятельности определенными реалиями как материального, так и духовного порядка. Деятельность законодателя обусловлена и даже во многом предопределена самыми разными социальными отношениями людей.

Включив в свое правопонимание идею о пределах власти законодателя, марксизм тем самым отмежевался от позитивизма. Он в отличие от последнего не наделяет законодателя полной правотворческой свободой. В своей правотворческой деятельности законодатель связан многими факторами, как входящими в сам правотворческий процесс, так и лежащими за его пределами. Этот тезис о связанности законодателя сближает марксистское учение с концепцией естественного права. Однако самому этому понятию он придает новый смысл; оно более не связано, как раньше, с природой вещей, с абстрактной сущностью человека, с вечной и всеобщей справедливостью. Главное, что определяет с марксистской точки зрения деятельность законодателя,-- это материальные условия жизни общества, способ производства, то есть отнюдь не факторы идеального порядка, которые использовала доктрина естественного права.

Однако такой подход не означает, что марксизм отрицает этические основы и цели права. Став социалистическим, государство стремится к наиболее полному сочетанию права и морали. Не нужно удивляться тому, что в обществе, исповедующем материализм, ценность права подчеркивают указанием на его моральный и справедливый характер.

172. Преходящий характер социалистической законности. В Советском Союзе провозглашен и, несомненно, господствует принцип законности. Вместе с тем не следует забывать, что этот принцип, как и вся структура социалистического государства, служит потребностям переходного периода. Современное право социалистических стран, пишет чехословацкий ученый В. Кнапп, в целом справедливо с точки зрения социалистического общества, но оно не является таковым, если смотреть на него с позиции будущего коммунистического общества. Это диалектическое противоречие между справедливым характером права с позиции социализма и одновременно его несправедливым характером, с позиции коммунизма, исчезнет только в будущем, с отмиранием права при

коммунизме'. В будущем коммунистическом обществе не будет ни государства, ни права, ни, следовательно, принципа законности. В советском праве нередко встречаются институты, которые в рамках принципа законности провозглашают и подготавливают неюридические формы завтрашнего общества. Иногда можно даже встретить институты, которые, как нам представляется, не находятся в полном соответствии с принципом законности. И первый, и второй случаи напоминают о том, что советское общество не хочет быть и не является "обществом, как все другие", и что вся его структура определяется доктриной марксизма-ленинизма.

## 2. Гарантии принципа законности

173. Советская концепция. Как обеспечить соблюдение социалистической законности и со стороны должностных лиц, и со стороны граждан? В широком смысле слова это призвана сделать вся совокупность государственных органов, равно как и воля народа, уверенного в правильности существующего строя и его законов. Этот подход особенно подчеркивается в Советском Союзе и других социалистических странах: здесь полагают, что в будущем обществе не будет принуждения. Поэтому уже теперь считают особенно ценным, что общественный порядок обеспечивается не только (и не столько) применением механизма принуждения, но и с помощью иных самых разнообразных способов, осуществляемых с участием органов государства, профсоюзов, прессы и граждан.

Основная гарантия социалистической законности, по мнению советских авторов, состоит в совпадении при социализме личных и общественных интересов, что обусловлено обобществлением средств производства и ликвидацией на этой основе всякой эксплуатации человека человеком. В числе других многочисленных гарантий ленинградский профессор Петров указывает деятельность Советов различных ступеней, органов исполнительной власти, деятельность органов контроля при Совете Министров СССР, различного рода инспекций при органах управления, деятельность прокуратуры, судов, контроль общественных организаций, и особенно профсоюзов, а также широко используемое право жалобы, которому соответствует обязанность административного органа рассмотреть ее'.

В рамках настоящей работы не представляется возможным рассмотреть весь этот ансамбль гарантий, что означало бы изучить всю совокупность институтов советского права. Поэтому, приведя вышеназванный перечень, мы отметим три института, которые специально

существуют для того, чтобы обеспечивать действие принципа законности: прокуратуру, комитеты народного контроля и адвокатуру.

174. Прокуратура. Как особая гарантия принципа социалистической законности в Советском Союзе создан особый институт -- прокуратура. Был возрожден старинный русский институт, созданный Петром Великим в 1722 году, -- "царево око", в соответствии с которым во все воеводства были назначены агенты центральной власти, чтобы следить за местным управлением. Этот институт ликвидировали в 1864 году, когда была создана прокуратура французского типа, в свою очередь упраздненная 24 ноября 1918 года вместе со старыми судами. Созданная в 1922 году прокуратура свой сегодняшний облик получила позднее. Институт прокуратуры закреплён Конституциями 1936 и 1977 годов.

В определенной мере советская прокуратура похожа на французскую, но в еще большей мере отличается от нее как структурой, так и более широкими функциями, особенно функцией надзора за законностью актов органов управления и местных органов.

Прокуратура представляет собой совершенно автономное учреждение, построенное по иерархическому принципу и независимое от всех министерств и местных Советов; наоборот, она контролирует их деятельность. Она подчинена единому руководителю -- Генеральному прокурору СССР. Чтобы подчеркнуть полную независимость прокуратуры, Генеральный прокурор избирается Верховным Советом СССР сроком на пять лет.

В подчинении Генерального прокурора находятся назначаемые им сроком на пять лет прокуроры республик, областей, районов и городов. Как и сам Генеральный прокурор, каждый из этих прокуроров возглавляет определенный штат сотрудников. Существуют также специальные виды прокуратуры, например военная прокуратура и др.

175. Роль прокуратуры. У прокуратуры двойная роль. Прежде всего она осуществляет функции, в целом соответствующие тем, что возложены на французскую прокуратуру, действующую при судах. На нее возложено судебное преследование по уголовным делам. Она может также давать заключения и даже предъявлять иски по гражданским делам. Она наблюдает за местами заключения. Никто не может быть арестован без санкции прокуратуры, она вправе распорядиться об освобождении любого незаконно арестованного лица. Однако и в сфере судебной деятельности функции прокуратуры более значительны, чем во Франции. Это, в частности, связано как с тем, что вся публичная власть в целом играет более активную роль, так и, возможно, с тем, что прокуратура располагает

весьма обширным персоналом и средствами. Имеет значение и то, что в соответствии с принципами советского судоустройства судьи не обязательно должны быть юристами по образованию. В результате участие прокуратуры в судебной сфере весьма широко. Оно выражается и в предъявлении исков, и во вступлении в уже начавшийся процесс, и в принесении протестов на неправильные, с ее точки зрения, решения, и в контроле за исполнением судебных решений. В 1955 году ей было даже предоставлено право выражать несогласие с постановлениями Пленума Верховного Суда СССР путем обращения в Президиум Верховного Совета СССР. Этот факт еще раз подтверждает, насколько руководители Советского государства заботятся о соблюдении и полной действительности принципа социалистической законности.

176. Значение общего надзора. Второе направление деятельности советской прокуратуры -- общий надзор. Прокурор присутствует на заседаниях исполнительных комитетов местных Советов и может, таким образом, воспрепятствовать принятию решений, противоречащих закону. Кроме того, прокуратура осуществляет систематическую проверку с точки зрения соответствия закону всех административных актов, которые в обязательном порядке сообщаются ей до принятия их к исполнению. Она может рассмотреть в порядке жалобы или заявления, исходящих от заинтересованных лиц, всевозможного рода случаи, когда имело место нарушение закона. Таким образом прокуратура осуществляет нечто вроде общего контроля над всей администрацией.

Во всех случаях, когда прокуратура обнаруживает нарушение, она в определенные, в ряде случаев предустановленные сроки приносит по этому поводу протест. Закон определяет, что данный протест адресуется или органу, принявшему опротестовываемое решение, или вышестоящему органу, или, в исключительных случаях, судебным органам. Протест прокуратуры приостанавливает действие опротестованного акта. Если орган, в который обращен протест прокуратуры, не отменяет и не изменяет опротестованное решение или акт, прокуратура обращается в вышестоящую инстанцию. Практика показывает, что прокуратура весьма действительно осуществляет свою роль по общему надзору. Об этом свидетельствуют материалы, публикуемые в органе прокуратуры, журнале "Социалистическая законность". Следует отметить особенно активное вмешательство прокуратуры в сферу трудового права и деятельность местных властей. Акты более высоких инстанций оспариваются прокуратурой реже, возможно, потому, что они принимаются в итоге более серьезного предварительного изучения.

Осуществляя общий надзор, прокуратура использует не только такое средство, как требование отмены незаконного акта, но и другую форму - представление. Оно применяется в тех, например, случаях, когда руководители учреждения и общественной организации не принимают решений, необходимых во исполнение требований закона. Органы, куда направлены представления, должны в установленный срок сообщить о принятых мерах. Если прокуратура признает эти меры недостаточными, она может поставить вопрос о применении дисциплинарных и даже уголовных санкций.

177. Другие социалистические страны. Институт прокуратуры создан и в других социалистических странах. Ранее в этих странах существовала административная юстиция, действовавшая успешно. Иногда даже возникает вопрос, а правильно ли поступили, отказавшись от нее в пользу прокурорского надзора, тем более что прокуратура здесь в большей мере занята традиционным контролем за деятельностью органов юстиции, а осуществление ее надзорных функций в отношении органов управления далеко от желаемого.

Не существует принципиальных преград для создания в этих странах административных судов. В Югославии их роль в определенной мере взял на себя Конституционный суд, имеющий право аннулировать решения, принятые органами самоуправления. Принимаются также меры, направляемые на то, чтобы сделать прокурорский надзор более действенным, а также призванные регламентировать управленческую деятельность. Административно-процессуальные кодексы были приняты в Чехословакии в 1955-м, Венгрии -- в 1956-м, Югославии -- в 1957-м и в Польше -- в 1960 году. Нередко прокурорский надзор дополняется другими формами контроля, и в частности расширяется компетенция общих судов, в которых можно оспаривать законность некоторых актов управления. Конституция Румынии 1965 года предусматривает возможность проверки судами законности управленческих актов, а Закон 1967 года разрешил гражданам этой страны оспаривать в суде такие акты, за исключением изданных Советом Министров. Важным направлением развития контроля является все расширяющееся участие населения в управлении.

178. Комитет народного контроля. Контроль за законностью -- это важная задача в стране таких пространственных размеров, как Советский Союз. Специализация прокуратуры -- надзор за юридической и управленческой сторонами деятельности. Что касается экономики и финансов, то это сфера деятельности Комитета народного контроля (закон от 30 ноября 1979 года). Функции этого комитета шире, чем контроль в

собственном смысле слова. Он проверяет эффективность исполнения важных решений в области экономики, борется с тенденцией ведомственного или местнического подхода, бюрократизмом, ищет способы улучшения деятельности Советов и управленческих органов.

179. Адвокатура СССР. На первых порах в СССР с недоверием относились к адвокатуре. Старый институт был отменен сразу же после революции. Понадобилось некоторое время для восстановления профессиональной адвокатуры. В адвокатах, однако, видели не столько представителей обвиняемых, заботящихся лишь об интересах клиентов, сколько помощников правосудия, призванных бороться за социалистическую законность. В определенный период в СССР существовали списки юристов, которые могли быть использованы и как защитники, и как обвинители; они выступали по назначению суда и получали жалованье от государства. Однако уже в 1922 году от этой практики отказались. Была создана профессиональная адвокатура.'

Между организацией адвокатуры в западных странах и в СССР -- большое различие. По советской Конституции адвокат должен рассматриваться как участник общего звена, в которое входят также судья и прокурор. Все они сотрудничают с той целью, чтобы рассматриваемое дело предстало перед судом во всех его аспектах. В принципе адвокат не должен рассматривать себя как противника прокурора перед лицом судьи, который должен раскрыть истину. Если адвокат убежден в вине своего клиента, он не должен скрывать ее от суда или же представлять преступление менее опасным, чем оно есть на самом деле. Отмечая обстоятельства, смягчающие ответственность клиента, он вместе с тем не должен терять из виду интересы общества и учитывать то воздействие, которое его защита может иметь на тех, кто присутствует в зале суда. Советский адвокат -- это прежде всего служитель правосудия и социалистической законности. В этом известное отличие от практики буржуазных стран, где судья призван играть роль арбитра между обвинением, представленным прокурором или каким-то другим лицом, и защитой, которую ведет без каких-либо ограничений адвокат.

Советская концепция о роли адвоката в практическом плане подтверждена общественной формой организации адвокатуры. Заинтересованное лицо может обратиться к любому адвокату, но при этом оно всегда адресуется в коллегия адвокатов. Председатель этой коллегии в соответствии с установленными тарифами определяет гонорар, оплачиваемый клиентом, который вносится в кассу коллегии. К профессии адвоката допускаются лица с высшим юридическим образованием. К

профессии адвоката ныне уже не относятся так, как в первые годы Советской власти. Право обвиняемого на защиту стало конституционным принципом, который стремятся реализовать. Среди адвокатов много членов партии, в ряде публикаций отмечается, что Ленин был адвокатом. Представляется, что адвокатская практика не приносит больших доходов. Дел, которые на Западе приносят адвокатам крупные заработки, в Советском Союзе нет, ибо здесь ликвидирована частная торговля. Существенно и то, что на предприятиях и в учреждениях имеются свои юридические службы. Наибольшую часть адвокатской практики составляют уголовные дела. Адвокаты редко участвуют в рассмотрении гражданских дел (5--6% общего числа этих дел). В 1980 году насчитывалось примерно 19 000 адвокатов, причем 96 процентов из них имели высшее юридическое образование; а 60 процентов адвокатов -- члены Коммунистической партии.

180. Другие социалистические страны. Организация адвокатуры в Чехословакии сходна с советской. Адвокаты здесь также объединены в коллегии. В 1963 году такая же система была введена в Польше. В Югославии, напротив, закон 1957 года отменил предшествующий закон 1946 года и установил, что адвокаты работают индивидуально. Вместе с тем югославская адвокатура включена в систему общественного самоуправления, в результате чего она отличается от западноевропейских образцов. Обществу небезразлично, как осуществляет свою деятельность адвокатура, ибо она служит интересам социалистического строя в целом, и правосудия в особенности. По этой причине делами адвокатуры управляет не только Ассамблея, состоящая исключительно из адвокатов, но и Исполнительный комитет, в который наряду с адвокатами входят общественные деятели, журналисты, представители других индивидуальных профессий. Комитет избирается Национальным Собранием в каждой республике, и именно он решает вопрос о допуске лица к адвокатской деятельности. Раздел второй ИСТОЧНИКИ ПРАВА

181. Введение. Под источником права советский юрист понимает прежде всего экономический строй общества, который, согласно марксистской доктрине, обуславливает и определяет правовую систему данной конкретной страны. В этом смысле основной источник советского права образует соединение двух факторов: обобществления средств производства и установления в стране власти народа. И только во вторую очередь советская доктрина называет источниками права те технические приемы, с помощью которых в данной стране и в данный период создают, находят или уточняют юридические нормы. Мы обращаемся к изучению

именно этих технических приемов, чтобы ответить на вопрос, какова роль закона, судебной практики и других факторов в создании права в Советском Союзе с учетом экономической и политической структуры этой страны.

## Глава I. ЗАКОН

182. Первенство закона. Очевидно и неоспоримо, что закон в широком смысле слова представляет собой основной источник советского права. Бросается в глаза сходство в этом плане советского права, с одной стороны, и романо-германской семьи -- с другой. Но при более близком рассмотрении это сходство оказывается формальным. В странах романо-германской семьи значение закона видят в том, что он является наиболее ясным и удобным способом выражения норм права. Иначе -- в социалистических странах, где первенство закона связано с тем, что в нем видят наиболее естественный способ создания права, которое при этом отождествляется с волей правящих. В этих странах закону придается первенствующая роль также и потому, что речь идет о быстро изменяющемся обществе. Динамизм советского права привел к возвеличению закона, противопоставляемого таким факторам более медленного развития права, как обычай и судебная практика.

Отдел I.  
Советский Союз

183. Принцип единства власти. Несходство проявляется прежде всего в политическом плане. Известно различие, которое проводится в буржуазных странах между законом в формальном и законом в материальном смысле слова. Закон в формальном смысле -- это всякий акт, принятый парламентом и промульгированный исполнительной властью; закон в материальном смысле -- это акт, который не исходит обязательно от законодательной власти, но содержит в себе нормы общего значения, устанавливающие определенные правила поведения.

Это различие носит не только описательный характер. В странах либеральной демократии его рассматривают как обязательное. В соответствии с принципом так называемого разделения властей здесь стремятся осуществить их определенное равновесие. В таких условиях считается нормальным, что правила поведения, устанавливаемые правом, исходят из различных источников и что их создание не является привилегией лишь какой-либо одной из этих властей.

Марксистско-ленинская доктрина отрицает принцип разделения властей. В этом отношении ей способствует тот факт, что в практике современного мира указанный принцип ведет ко все большему ослаблению роли подлинного закона, то есть акта парламента, в интересах других "властей", а именно исполнительной или административной власти.

Развитие практики издания декретов-законов, новое различие между законом и регламентом, установленное во Франции Конституцией 1958 года, независимость судебной власти по отношению к власти законодательной, характерная для стран общего права, - все это объявляется факторами, способствующими отходу от принципа народного суверенитета. Утверждается, что в Советском Союзе нет подобной практики, противоречащей подлинной демократии; вся власть сконцентрирована в руках Верховного Совета; в каждой союзной республике вся полнота власти передана Верховному Совету республики. Совет Министров Союза ССР и Советы Министров союзных республик, равно как и вся исполнительная власть, ответственны перед этими Верховными Советами. Таким образом, вопрос о разделении властей или их равновесии и не стоит. Самое большее, что может иметь место, -- распределение функций между органами государственного управления, органами правосудия и прокуратуры. Однако не может быть и речи о том, чтобы поставить управление и правосудие в один ранг с Верховным Советом, который в соответствии с принципом единства власти, принятым в Советском Союзе, выступает именно как высший орган государственной власти.

Законодательная власть осуществляется исключительно Верховным Советом СССР и Верховными Советами союзных республик. В Советском Союзе не склонны ослабить или изменить этот принцип, признав различие между законом в формальном и материальном смысле.

184. Применение принципа. Когда речь заходит о применении изложенного принципа, возникают трудности. В самом деле, как практически осуществить, чтобы все законы в таком сложном комплексе, какой представляет собой общество в Советском Союзе, всегда выступали как акты Парламента? Советская доктрина рассматривает практику издания декретов-законов, а также признание и расширение автономного нормотворчества исполнительной власти в буржуазных странах как посягательство на принцип народного суверенитета. Юристы буржуазных стран в ином виде изображают этот процесс и связывают его с увеличением задач, возлагаемых на государство, и потребностью в действенной администрации. Каким же образом удастся в Советском Союзе сохранить уважение к народному суверенитету и одновременно удовлетворить потребность в действенной администрации?

Один из путей к этому мог бы состоять в расширении сферы компетенции и полномочий местных Советов, которые, так же как и Верховные Советы, выражают волю народа. Однако в общем, до

настоящего времени по этому пути далеко не пошли.

Был избран другой путь. Практика издания декретов-законов французского образца неизвестна в СССР; здесь никогда не проводилось делегирование законодательных функций органам исполнительной власти, в том числе Советам Министров. Потребность в эффективном управлении удовлетворяется без нарушения рассматриваемого принципа. Для этого используется практика постоянного делегирования функций Верховного Совета на период между сессиями его органу -- Президиуму. Законотворчество остается делом исключительно законодательной власти, но практически оно осуществляется по преимуществу Президиумом, решения которого одобряются затем Верховным Советом. Чтобы убедиться в этом, достаточно обратиться к числу и длительности сессий Верховного Совета. Он, как правило, проводит две сессии в год, длительность каждой из них 2--3 дня. На отдельное голосование ставятся лишь особо важные законы (Конституция, законы о планах экономического и социального развития, основы законодательства и кодексы), которые после обсуждения принимаются депутатами единогласно. Отметим, что Верховный Совет может беспрепятственно изменять Конституцию и какие-либо формы судебного контроля за конституционностью законов отсутствуют.

Совет Министров уполномочен Конституцией принимать постановления и распоряжения, но только на основе и во исполнение действующих законов. В СССР не признается самостоятельная регламентарная власть. Однако широкие формулы в текстах законов оставляют административным властям простор для самостоятельности в рамках этих законов, и большинство мер, определяющих жизнь в Советском Союзе, установлено Советом Министров и подчиненными ему органами.

Когда мы говорим о деятельности Президиума Верховного Совета и Совета Министров, то, чтобы сохранить реалистический подход, следует помнить о прямых связях между этими органами и Коммунистической партией СССР. Конституция СССР 1977 года говорит об этом в ст. 6: "Руководящей и направляющей силой советского общества, ядром его политической системы, государственных и общественных организаций является Коммунистическая партия Советского Союза". Конституция лишь подтвердила то, что всегда существовало. И до 1977 года КПСС руководила политикой страны. В рамках самой партии решения принимаются ее Центральным Комитетом, но чаще всего Политбюро.

185. Советский федерализм. СССР составляют 15 союзных республик. Это федеральное государство, что обусловлено протяженностью

территории, наличием множества национальностей. Царская Россия федерализма не знала. В Верховном Совете СССР наряду с Советом Союза существует Совет Национальностей, порядок формирования которого отражает наличие союзных и автономных республик. Федеральный характер Советского государства ограничен тем, что Коммунистическая партия СССР построена на централизованной основе.

Как и во всяком федеральном государстве, в СССР проведено распределение компетенции между Союзом и союзными республиками.

Конституция 1936 года предусматривала издание общесоюзных кодексов для ряда отраслей права: уголовного права, гражданского права и др. Практически во исполнение этого предписания Конституции был издан лишь один общесоюзный Закон о судостроительстве 1938 года. Работы по подготовке общесоюзных кодексов не вышли из стадии предварительных проектов, которые не были опубликованы. В 1953 году произошел отход от чрезмерной централизации предшествующего периода. В Конституцию были внесены изменения, воспроизведенные затем Конституцией СССР 1977 года, не предусматривающие более издания общесоюзных кодексов, кроме некоторых, как, например. Таможенного кодекса. Кодекса торгового мореплавания и Воздушного кодекса. В других областях общесоюзная компетенция ограничена изданием лишь Основ законодательства, в соответствии с которыми каждая союзная республика должна издавать свои собственные кодексы.

186. Основы законодательства и новейшие кодексы. В 1958 году были приняты Основы законодательства в области судостроительства, уголовного процесса и уголовного права. В 1961 году Основы гражданского законодательства и Основы гражданского судопроизводства, а позднее -- Основы законодательства о семье. Основы законодательства о труде, Основы законодательства о здравоохранении и ряд других. В союзных республиках на базе принятых Основ законодательства активно проводилась кодификация. Самая большая из союзных республик-- РСФСР в 1960 году приняла свои новые Уголовный и Уголовно-процессуальный кодексы и новый Закон о судостроительстве, в 1964 году--свои новые Гражданский и Гражданско-процессуальный кодексы, а в 1969 году-- новый Семейный кодекс.

Нормы, содержащиеся в Основах законодательства, как правило, полностью воспроизводятся в кодексах, иногда с незначительными модификациями. Однако кодексы более детализированы, чем Основы. Закон о судостроительстве РСФСР содержит 64 статьи, в то время как соответствующие Основы -- 39; число статей в Уголовном кодексе РСФСР

составляет 269 (в Основах -- 47), а в Уголовно-процессуальном кодексе РСФСР--413 (в Основах--54). Гражданский кодекс РСФСР содержит 569 статей, опирающихся на 129 статей Основ гражданского законодательства. Эти цифры интересны, поскольку они содержат указание на степень автономии, предоставленной союзным республикам. В целом эта автономия используется в достаточно скромной степени. Какого-либо органа, призванного координировать подготовку кодексов и обеспечивать их единообразие, не существует. Но сложилась практика, когда проект кодекса, подготовленный в одной союзной республике, сообщается другим республикам. Кодексы весьма схожи между собой.

187. Указы Президиума. Порядок деятельности Верховного Совета СССР и Верховных Советов союзных республик таков, что принимаемые ими законы в собственном смысле слова немногочисленны. К принятию законов Верховным Советом прибегают тогда, когда хотят придать закону особую значимость. Практически чаще всего используется форма указа, издаваемого Президиумом Верховного Совета; такая практика кажется настолько естественной, что к ней прибегают в некоторых случаях даже для внесения изменений в Конституцию. Верховный Совет ограничивается тем, что на своей очередной сессии утверждает, не входя в обсуждение деталей, все указы, принятые в интервале между этой и предыдущей сессиями.

Законы и указы -- основа советского правопорядка. И с теми, и с другими легко ознакомиться. Они публикуются в официальных общесоюзных и республиканских периодических изданиях. Часто издаются различного рода хронологические и систематические сборники как общесоюзного, так и республиканского законодательства.

188. Другие акты. Принимаемые на основе и во исполнение законов Советами Министров, союзными и республиканскими министерствами акты по своей природе и формам весьма различны. Мы встречаем среди них постановления и решения Совета Министров, в том числе принимаемые совместно с Центральным Комитетом партии; общие условия поставки и правила перевозки, одобренные одним или несколькими заинтересованными министерствами; примерный устав треста или предприятия;

инструкции, адресованные управлению в определенной области или той или иной группе предприятий. Сложность всей этой регламентации весьма значительна; она даже больше того, на что жалуются ныне в буржуазных странах. Однако такая модификация роли, отведенной закону, имеет свою причину, а именно обобществление национальной экономики. К рассмотрению этого факта мы и переходим.

189. Роль управления в советской экономике. Вследствие обобществления средств производства и властного государственного дирижизма, определяющего развитие народного хозяйства, управление в сфере экономики в социалистических странах призвано выполнять такие задачи, которые решительно превосходят задачи управления в этой же сфере в буржуазных странах. Различие здесь не только количественное, но и качественное. Хозяйственные предприятия при социализме являются государственной собственностью и выступают как учреждения публичного права: несмотря на то, что они обладают финансовой автономией, демаркационная линия между административным актом во всех его формах, с одной стороны, и договором, заключаемым между предприятиями или группами предприятий,-- с другой стороны, является весьма произвольной.

В демократиях либерального типа (они все более и более удаляются от этого типа) можно увидеть массу различного рода регламентов, декретов, постановлений, определяющих порядок применения законов, принятых парламентом. Вместе с тем в этих странах существует обширный сектор, где может осуществляться свободная игра частного предпринимательства. Правда, промышленные, торговые и сельскохозяйственные предприятия все более и более подпадают под регламентацию, определяющую рамки организации их деятельности; тем не менее они сохраняют очень большую свободу в отношении направления и масштабов деятельности, создания тех или иных филиалов, в выборе контрагентов и т. д. Свобода главы предприятия, принцип свободы договора все более подвергаются ограничениям, однако именно они являются правилом. Это и позволяет еще, несмотря на все ограничения, говорить о либеральной демократии.

В Советском Союзе, который является социалистической демократией, положение иное. Цель предприятий здесь -- выполнение плана развития народного хозяйства. Их деятельность сразу же четко фиксируется и вводится в определенные рамки статутом, который они получают от государства, и плановыми предписаниями. Они должны делать то, что им вменяется планом, и они не могут делать того, что выходило бы за рамки их статута. Это двойное правило и обуславливает то невиданное еще значение, которое приобретает в Советском Союзе административно-правовая деятельность. Именно управление должно путем издания различного рода постановлений, распоряжений и т. д. взять на себя осуществление большей части экономической задачи, которая в буржуазных странах выполняется с помощью инициативы частных предприятий. Отсюда и беспрецедентный рост административной

регламентации.

В западных странах доктрина проводит четкое различие между постановлением, распоряжением или каким-либо другим административным актом, с одной стороны, и договором -- с другой. Это различие стирается, если не исчезает, в советском праве.

190. Нормативные, управленческие и ведомственные акты. Существенное различие между нормативными актами и разного рода инструкциями и циркулярами состоит в том, что первые содержат нормы, обязательные для всех, а вторые - лишь указания тем или иным управленческим органам: они не создают правовых норм. Практически в буржуазных странах администрация никогда не ставит вопрос о законности ведомственных инструкций и циркуляров, которые она получает; она применяет их на равных основаниях с нормами права. В Советском Союзе такой подход и это смешение стали еще больше, поскольку здесь все основное в сфере экономики выполняется государственными организациями. Последние выступают как субъекты права, обладающие автономией; однако они не становятся независимыми от министерства и вряд ли проводят различие между нормативными актами и адресованными им циркулярами.

191. Административный акт и договор. В условиях советской экономики различия между двумя этими явлениями стираются. Основой договоров, заключаемых между государственными организациями, являются предписания народнохозяйственного плана. Их роль сводится по преимуществу к тому, чтобы конкретизировать данные плана, дополнением к которому они и являются. Эти договоры лишь по внешнему виду похожи на характерные для либеральной экономики договоры, заключаемые по свободной инициативе, или, как говорят марксисты, анархически. В СССР было признано полезным сохранить в обобщественном секторе такой технический инструмент, как договор. Но в этом проявляется скорее стремление обеспечить хорошее административное управление, чем желание закрепить за руководителями предприятий определенную свободу действий. Вполне возможен был бы полный отказ от договора в отношениях между государственными предприятиями и учреждениями; для этого достаточно максимально детализировать план и расширить воздействие собственно органов управления. Тогда договор оказался бы ненужным. Впрочем, соотношение административного акта и договора во многом зависит от того, какая тенденция в экономической жизни и управлении окажется более полезной -- централизации или децентрализации.

192. Трудности доступа к документальным источникам. В отличие от публикации законов и других нормативных актов общего характера, которая обеспечивает возможность ознакомления с ними, ситуация с другими актами и инструкциями иная. Остается неясным, где проходит разделительная линия между тем, что интересует всех, и тем, что представляет интерес лишь для определенных предприятий, и соответственно тем, что должно публиковаться для всеобщего сведения, а что -- нет. Здесь отсутствуют какие-либо предустановленные критерии и господствует эмпиризм. Этот эмпиризм -отражение исторической традиции. Приказы, бывшие в России предшественниками министерств, создавали, каждый для себя, сборники актов, нужных для служащих данного приказа и доступных только им. Если изобразить эту ситуацию, используя современную терминологию, то можно сказать, что не было норм публичного права и регламентов в собственном смысле слова, а имелись лишь обычаи, административная практика, служебные инструкции, используемые чиновниками. Некоторые западные авторы полагают, что современная ситуация связана с этой традицией старых российских учреждений. Каждое министерство издает для своих служащих и подведомственных организаций сборник или сборники своих инструкций. Они предназначены для внутреннего пользования и распространяются только среди своих адресатов; их нельзя купить или получить в библиотеке. В газетах можно ознакомиться только с теми из этих актов, публикацию которых по тем или иным причинам признали целесообразной. Все остальные акты получают как бы конфиденциальный характер, подобно тому, как это происходит с большинством циркуляров французской администрации. Все это отнюдь не облегчает задачи тех, кто без всяких дурных намерений пожелает изучить работу советских институтов. Да и советские авторы жалуются на трудность доступа к этим источникам. В этом отношении ситуацию в советском праве нельзя признать с точки зрения юридической науки удовлетворительной. Не является она таковой и в буржуазных демократиях, где изучение права часто ограничено лишь теоретическими аспектами, а практические аспекты труднодоступны, поскольку им придан конфиденциальный характер, тем более для иностранцев.

193. Толкование и применение закона. Советский Союз, руководимый коммунистической партией, поставил своей целью создать с помощью своих законов принципиально новый социальный строй. Как и всякое новое право, советское право отличается императивным характером и требует толкования в строгом соответствии с намерениями его авторов. От

советских юристов и судей ожидают толкования права, которое приведет именно к такому его применению, какое имел в виду законодатель.

Однако из этого не следует, что толкование законов должно быть всегда буквальным. В данном случае в Советском Союзе преобладают традиции романо-германской системы. Марксистская доктрина вовсе не предполагает, что законы следует применять исключительно в соответствии с их буквой, используя лишь чисто грамматические методы толкования. Такое отношение может превратить закон в фетиш, имеющий ценность сам по себе, независимо от политики, являющейся его подлинной основой. Поэтому оно принципиально неприемлемо для марксизма.

Толкование законов советскими судьями должно быть, следовательно, не грамматическим, а логическим, направленным на то, чтобы увидеть в тексте закона его подлинный смысл с учетом всей системы действующего права и основных принципов государственной политики. В Советском Союзе отказались от методов школы свободного права, точно так же как и от метода телеологического толкования, применяемого в ряде стран, и особенно во Франции.

Советскую позицию по вопросу толкования законов нельзя уяснить до конца, если не учесть такого важного фактора, каким является учение марксизма-ленинизма. Законы и иные акты издаются законодателем, который руководствуется этим учением. Следовательно, чтобы полностью выявить намерения законодателя, следует и толковать все акты в свете этого учения. Роль марксистской доктрины как руководства для судебной деятельности претерпела изменения в сравнении с ранними периодами развития Советского государства. Тогда в течение длительного времени эта роль была главенствующей; поскольку законов было мало, судья должен был в соответствующих случаях искать решения спора в принципах марксизма. Из этой необходимости исходили первые советские законы, когда они предписывали судьям руководствоваться принципами политики Республики Советов и своим социалистическим правосознанием. Слишком растяжимый характер данной формулы в настоящее время представляется несовместимым со стремлением строгого проведения в жизнь принципа социалистической законности и дисциплины. Советские законы многочисленны и детализированы. Судья применяет их в соответствии со своим правосознанием, но это последнее уже нет необходимости объявлять автономным источником права. Очевидна и тенденция исключить из законодательства общие формулы, характерные для кодексов периода НЭПа.

Издание Основ законодательства в 60-е годы позволило увидеть в

советской доктрине как отмеченную тенденцию, так и противостоящую ей. В первоначально опубликованных проектах Основ отсутствовали какие-либо общие формулы. Только ст. 4 проекта Основ гражданского законодательства уточняла, что гражданские права и обязанности могут возникать и кроме случаев, указанных в законе "в силу общих принципов и в соответствии со смыслом гражданских законов". В проекте не было знаменитого правила ст. 1 Гражданского кодекса 1922 года, исключавшей защиту гражданских прав в тех случаях, когда они осуществлялись в противоречии с их социально-хозяйственным назначением. Однако интересно отметить, что положение, воспроизводящее смысл этой статьи, в конце концов было введено в Основы гражданского законодательства. "Гражданские права охраняются законом, за исключением случаев, когда они осуществляются в противоречии с назначением этих прав в социалистическом обществе в период строительства коммунизма" (ч. I, ст. 5). В Основы гражданского судопроизводства также была включена статья, которой не было в проекте. "В случае отсутствия закона, регулирующего спорное отношение, суд применяет закон, регулирующий сходные отношения, а при отсутствии такого закона суд исходит из общих начал и смысла советского законодательства" (ч. III, ст. 12).

Таким образом, и в СССР можно увидеть проявление двух тенденций: одна из них--стремление к максимально строгому соблюдению закона, другая -подчеркивание справедливости, необходимости преодоления формального применения законов, нежелание видеть в законе фетиш. В Советском Союзе эти тенденции приобретают еще и особый политический аспект, поскольку речь идет не только о том, должно ли право быть более или менее строгим, а прежде всего о том, в какой мере уже сегодня должно или можно предвидеть отмирание права. В Советском Союзе положительно относятся к формулировкам закона, которые освобождают судью от формализма. Например, ст. 47 Основ гражданского судопроизводства 1961 года гласит: "Не может быть отменено правильное по существу решение суда по одним лишь формальным соображениям".

194. Аутентичное толкование закона. Следует отметить характерную черту советского права в отношении толкования закона, а именно наличие органов, предназначенных для своеобразного аутентичного толкования закона и издающих в этой связи специальные директивы, которые адресуются всем органам, осуществляющим отправление правосудия. Такими органами, кроме Президиума Верховного Совета СССР, являются Верховный суд СССР и главный арбитр СССР.

Роль Верховного суда СССР в настоящее время состоит больше в

выработке таких директив для судей, чем в проверке решений по конкретным делам"... На Верховный суд СССР возложена задача общего наблюдения за тем, как толкуются законы и осуществляется правосудие всеми судами, существующими в стране. Если в ходе выполнения этой задачи Верховный суд обнаруживает колебания и расхождения в толковании закона, он тотчас вмешивается и издает по этому поводу соответствующую директиву. Судьи должны следовать ей. В качестве примера такого руководящего указания приведем Постановление Верховного суда от 17 декабря 1971 года о порядке применения ст. 7 Основ гражданского законодательства, устанавливающей ответственность за распространение порочащих человека сведений.

Сказанное выше можно повторить и применительно к высшему звену государственного арбитража СССР, который точно так же изучает арбитражную практику, как Верховный суд СССР -- судебную, и издает для использования нижестоящими государственными арбитражами инструкции того же свойства, что и директивы Верховного суда СССР. Отдел II. Другие социалистические страны

195. Роль закона. Как и в СССР, во всех европейских социалистических государствах основной источник права -- закон. И здесь государственная власть сконцентрирована в парламенте, который один лишь правомочен определять политику страны и издавать законы. Конституция Румынии 1965 года четко говорит о том, что не существует никакой самостоятельной регламентарной власти.

Однако при сходстве принципиальной установки имеется немало различий. В Югославии в 1963 году создан Конституционный суд, правомочный просить парламент вновь рассмотреть принятый им закон, который суд считает неконституционным. Таким путем в парламент был возвращен ряд законов, в том числе закон о социальном обеспечении. Создание Конституционного суда предусмотрено в Чехословакии в целях контроля за правильным распределением компетенции между федеральными и иными властями. Определенный контроль за конституционностью законов возможен в Румынии, где он осуществляется комитетом, созданным в парламенте.

Югославия, Чехословакия, как и СССР, -- федеральные государства. Но в первых двух распределение компетенции между федеральными и республиканскими властями иное, чем в СССР.

Не в столь обширных и населенных в сравнении с Советским Союзом странах и имеющих при этом более глубокие парламентские традиции, созыв парламента проще и деятельность его активнее, как, например, в

Польше, где сейм сам принимает большинство законов, а его орган -- Государственный совет в промежутках между сессиями сейма издает нормы лишь в исключительных случаях.

196. Кодификация. Сразу же после прихода к власти коммунистических партий были проведены значительные кодификации, особенно в Польше, Чехословакии и Югославии, где ранее право не было унифицировано в общенациональном плане. Подготовленные с некоторой поспешностью кодексы впоследствии заменялись новыми, отражавшими достигнутое на пути социалистического развития. В Польше в 1964 году были приняты новые Гражданский, Семейный и Гражданско-процессуальный кодексы. Позднее были опубликованы кодексы в области уголовного и уголовно-процессуального права, международного частного права, морского права, трудового права и административного процесса. Были попытки кодифицировать административное право и международное торговое право -- области, где органы, обладающие нормотворческой компетенцией, создали сильно запутанную ситуацию.

В Чехословакии в 1963 году были изданы новые Семейный, Гражданско-процессуальный кодексы. Закон о международном частном праве и Кодекс международной торговли, в 1964 году -- Хозяйственный и Гражданский кодексы, в 1965 году -- Кодекс законов о труде.

В Германской Демократической Республике в 1965 году вышел новый Семейный кодекс, в 1975 году -- Гражданский и Гражданско-процессуальный кодексы и Законы о применении права и о международном частном праве, в 1976 году -- Закон о международных хозяйственных договорах.

В Албании, Болгарии и Югославии были изданы комплексы крупных законов, заменившие в самых разных сферах действовавшее ранее право. В Венгрии в 1959 году был принят Гражданский кодекс, которого ранее не было в

этой стране.

197. Толкование законов. Оно мало чем отличается от принятого в СССР. Оно должно быть строгим, что неоднократно подчеркивалось в юридической литературе этих стран. Однако так подходят к толкованию лишь нового права. Что касается законов, унаследованных от прошлого и остающихся в силе, то действуют другие критерии. Наиболее четкой в этом плане является формула, действующая в Югославии: от применения таких законов можно отказаться, если они противоречат основополагающим принципам нового строя.

Однако старые законы постепенно сходили со сцены, а в отношении

новых в итоге дискуссии были выработаны более гибкие принципы толкования, способствующие усилению связи между правом и жизнью общества. Конституция ЧССР 1960 года в ст. 102 установила, что судьи должны толковать законы в соответствии с социалистическим правосознанием, и это правило было развито в Гражданском кодексе 1964 года.

198. Публикация законов. Правовые традиции сказались и в том, что в рассматриваемых странах хорошо организована публикация всех видов регламентарных актов. Здесь нет сборников, издаваемых для служебного использования в рамках какого-либо министерства, и потому остающихся в какой-то мере конфиденциальными. Возможно, поэтому право европейских социалистических стран легче изучать, чем советское право. Глава II. СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА Отдел I. Советский Союз

199. Советская концепция. Роль судебной практики в СССР и западных странах оценивается по-разному. Если спросить советского юриста, какова роль судебной практики в Советском Союзе, он убежденно ответит, что эта роль значительна. Если же затем спросят его, является ли судебная практика источником права, то последует незамедлительный и четкий отрицательный ответ. Какая же роль отводится в СССР судебной практике? Чтобы понять это, нужно знать советскую организацию судов, а также некоторые институты, с помощью которых происходит несудебное разбирательство споров.

#### 1. Судебная организация

200. Система судов. Принципы, определяющие советскую судебную организацию, сформулированы в гл. 20 Конституции СССР. Действуют также Основы законодательства о судостроительстве, принятые в 1958 году (они заменили Общесоюзный закон 1938 года). Основы дополнены последующим законодательством.

Судебная система СССР состоит из четырех ступеней, начиная от народных судов, составляющих ее основу, и далее, через областные суды и верховные суды союзных республик, к ее вершине -- Верховному суду СССР. Гражданские и уголовные дела в зависимости от их характера отнесены законом к компетенции той или иной инстанции. Общее правило -- подсудность районному народному суду, но закон предусматривает категории дел, по которым в качестве первой инстанции выступает областной суд и даже более высокие инстанции. Обжалование допускается в следующую вышестоящую инстанцию, то есть решения народного суда могут быть обжалованы в областной суд, решения последнего - в Верховный суд республики, а решения этого суда -- в Верховный суд СССР.

После 1954 года стало возможным обжалование в рамках самой инстанции, рассматривавшей дело; решения, вынесенные коллегиями -- уголовной или гражданской -- областного суда или Верховного суда союзной республики, могут быть в ряде случаев пересмотрены в кассационном порядке или порядке надзора президиумом этого же суда.

Все изложенное выше не может удивить или показаться странным юристу, знакомому с судебной организацией какой-либо страны романо-германской правовой системы. Существенные различия проявляются лишь тогда, когда приступают к рассмотрению, во-первых, того, как создается советский суд и в каком составе он действует, и, во-вторых, системы обжалования судебных решений в СССР.

201. Судебный персонал. Состав советского суда отличен от состава судов в буржуазных странах. Суд первой инстанции всегда состоит из двух категорий лиц: собственно судьи или судей и народных заседателей. В вышестоящих инстанциях мы встречаем только судей. Следует остановиться на вопросе о том, кто же эти судьи и какую роль играют народные заседатели. Характерные черты советского судьи состоят прежде всего в том, что он всегда выборный, и в том, что он не обязательно должен быть юристом.

202. Система избрания судей. Все без исключения судьи в СССР избираются. Судьи народных судов -- путем всеобщих и прямых выборов. Судьи других инстанций избираются Советами (Верховным Советом СССР, Верховными Советами республик, краевыми и областными Советами). Все судьи избираются сроком на пять лет, но избирателям предоставлено право отзыва того, кто был ими избран. Возможность отзыва используется лишь в исключительных случаях, однако примеры такого рода все же имеются, и даже в отношении членов Верховного Суда СССР.

Принцип выборности судей был предусмотрен еще в 1903 году в Программе Коммунистической партии в силу его демократичности. Выборность судей представляется вполне естественной в стране, где всячески подчеркивается принцип народного суверенитета и связь права с политикой. Демократическое мышление требует, чтобы не только правотворчество, но и применение права было доверено избранникам народа. Нет необходимости особо оговаривать, что на выборы судей, как и вообще на выборы в СССР, оказывает влияние доминирующая роль коммунистической партии. Это обстоятельство позволяет избежать многих неудобств, которые вызвала бы в других странах система выборностей судей. В 1977 году в РСФСР 95 процентов всех избранных судей составляли члены партии и комсомола; 35 процентов судей -- женщины.

Советский судья не должен обязательно быть юристом. Никакие условия, в том числе образование и стаж, не должны лимитировать свободу выбора избирателей. Кроме этого принципиального соображения, нужно помнить и об исторических причинах данного правила, которые относятся к исканиям периода военного коммунизма. Тогда еще могли верить, что право очень быстро может быть заменено социалистическим правосознанием. Кроме того, сразу же после революции было просто невозможно найти юристов, заслуживающих политического доверия. Однако последовательное и все усиливающееся утверждение принципа социалистической законности привело к пересмотру этой позиции. Все в большей и большей мере кандидаты, выставляемые на выборах, имеют или высшее образование, или практический стаж, подтверждающий квалификацию юриста. Зарботная плата судьи равна зарботку рабочего средней квалификации.

203. Принцип коллегиальности. Один из важных принципов это - коллегиальность в осуществлении правосудия. В рассмотрении дела всегда участвуют несколько судей, будь то низшая или высшая инстанция. Даже когда дело рассматривается по первой инстанции, судья никогда не решает его единолично, за исключением нескольких предусмотренных законом случаев. В соответствии с Конституцией в рассмотрении дел во всех судах участвуют народные заседатели.

204. Народные заседатели. Подобно присяжным, народные заседатели -- это граждане, которые в соответствии с заранее установленным списком призываются в суд для рассмотрения и решения дел. Занесенные в список народные заседатели избираются на два с половиной года или на собраниях рабочих, служащих, крестьян (список для народных судов), или Советами разных ступеней (другие списки). Как уголовные, так и гражданские дела в первой инстанции всегда рассматриваются судом с участием народных заседателей. В народном суде их двое; в других судах число народных заседателей различно, но таково, что они составляют большинство. На время исполнения своих функций (не более двух недель в год) народные заседатели освобождаются от своей основной работы. И в стадии судебного разбирательства, и в стадии вынесения решения народные заседатели полностью равноправны с судьей: голос народного заседателя равен голосу судьи независимо от того, решается ли вопрос факта или вопрос права. Практически судья, поскольку он является юристом, очевидно, оказывает значительное влияние на народных заседателей, и случаи, когда он остается в меньшинстве, являются исключением. Тем не менее они бывают.

Каков смысл института народных заседателей? Присяжные и

шеффены, с которыми неизбежно пытаются прежде всего сравнивать народных заседателей, играют полезную роль, поскольку они снабжают суд специальными техническими познаниями, как это делают шеффены, или, наоборот, доносят до суда народные представления и тем самым корректируют юридический профессионализм судей. Эти соображения малоприменимы в Советском Союзе, где судьи и народные заседатели избираются и где для тех и других не требуется особой квалификации. Чтобы понять институт народных заседателей, следует, как и всегда, обратиться к марксистской доктрине. Институт народных заседателей в своей основе связан с марксистским положением об отмирании права в коммунистическом обществе. Идеал, к которому стремятся в Советском Союзе, - это общество, в котором не будет ни права, ни судов и где индивидуальное поведение будет контролироваться лишь общественным воздействием. Участие народных заседателей в судебном разбирательстве предвосхищает неюридические формы завтрашнего дня. Непосредственно же оно служит воспитанию общества, усиливая существующую между советским народом и судом связь. С помощью института народных заседателей очень большое число граждан вовлекается в осуществление правосудия, эти люди возвращаются затем к себе на завод, в колхоз, домой, повидав изнутри, как действует правосудие, и убедившись в справедливом характере действующих законов. Институт народных заседателей связан, таким образом, с одной из важнейших задач советского права - воспитанием нового человека.

205. Специальные суды. В 1957 году все специальные суды, за исключением военных трибуналов, были упразднены в СССР. Военные трибуналы -- это специализированные суды, которые руководствуются уголовными и уголовно-процессуальными кодексами соответствующей союзной республики. Компетенция этих трибуналов ограничена уголовными преступлениями военнослужащих, а также некоторыми преступлениями (шпионаж, измена), затрагивающими безопасность государства. Как и все другие суды, военные трибуналы подконтрольны Верховному суду СССР, в котором наряду с гражданской и уголовной коллегиями существует военная коллегия.

Если не считать государственного арбитража, о котором речь пойдет далее и который играет особую роль, можно констатировать, что в Советском Союзе нет ничего адекватного административным судам. Некоторые из споров административного характера разбираются судами. Так, например, можно обратиться в народный суд, если местный Совет нарушил правила составления списков избирателей. Точно так же можно

обратиться в суд, когда речь идет о гражданской ответственности администрации. В Советском Союзе не существует судебного порядка отмены незаконных актов администрации.

206. Система обжалования. Обратимся к тому, какова система обжалования судебных решений в Советском Союзе. Мы должны снова подчеркнуть наличие здесь существенных отличий от буржуазных правовых систем. Эти отличия, с одной стороны, связаны с тем, как организованы советские суды; с другой стороны, они находятся в тесном соотношении с задачами, возлагаемыми на советское право, и с тем значением, которое придается принципу социалистической законности.

Способ образования советских судов делает невозможной систему апелляции. Предоставление высшей инстанции права изменить решение нижестоящего суда не только в части, касающейся вопросов права, но и в части, касающейся вопросов факта, легко может показаться антидемократичным. Ведь речь идет о решении, вынесенном выборным судьей, да еще с участием народных заседателей. Отказ от апелляции означает, что допускается лишь обжалование, связанное с ошибками судей по вопросам права.

Вместе с тем желание и необходимость гарантировать наиболее полным образом соблюдение принципа законности в социалистическом обществе ведет к тому, что допускается весьма широкая и свободная проверка решений и приговоров, если окажется, что действительно имела место ошибка в праве.

Советское право знает два вида обжалования: кассационное и надзорное. Право подачи кассационной жалобы имеют стороны, участвовавшие в процессе, а также прокуратура. Они могут в краткие, установленные законом сроки обжаловать любое решение, вынесенное первой инстанцией, но только решение первой инстанции. Жалоба приносится в следующую вышестоящую инстанцию в судебной иерархии.

Просьба о пересмотре (ревизии) дела или жалоба в порядке надзора имеет давние, традиционные корни в русском праве. Это такой способ обжалования судебных решений, который предоставлен не самим участникам процесса, а определенным должностным лицам, уполномоченным осуществлять контроль примерно тем же способом, каким осуществляется правосудие. Прокуратура, председатели областных и верховных судов по собственной инициативе или по жалобам заинтересованных лиц осуществляют контроль за решениями, изданными в сфере их компетенции. Если они считают нужным, они могут направить эти решения на пересмотр в порядке надзора в более высокую инстанцию.

Стороны не могут сами непосредственно подавать надзорную жалобу; они, как, впрочем, и все другие лица, включая и общественные организации, могут лишь обращаться к соответствующим должностным лицам с просьбой принести такую жалобу. В отличие от того, что имеет место во Франции в случае так называемой жалобы в интересах закона, успех надзорной жалобы не только восстанавливает престиж нарушенного принципа права, но и служит также интересам сторон.

Из-за отсутствия статистики довольно трудно судить о масштабах применения этого способа обжалования и оценить его значимость. Однако сборники решений судебной практики оставляют впечатление, что он отнюдь не является исключительным; с его помощью на проверку в высшие судебные инстанции поступают многочисленные решения и приговоры. Интересно также отметить, что протесты прокуратуры или председателей соответствующих судов удовлетворяются далеко не всегда. В большинстве случаев они, однако, удовлетворяются, что и соответствует целям этого способа проверки судебных решений. Пересмотр дела в порядке надзора не ограничен никакими сроками.

207. Многочисленность инстанций. В целях обеспечения наиболее правильного решения дел возможность их пересмотра в порядке надзора весьма широка. Западного юриста удивит количество инстанций, которые, во всяком случае теоретически, может пройти дело, прежде чем будет окончательно решено. Существует четыре инстанции и в каждой из тех инстанций, которые вправе осуществлять надзорное производство, возможно двойное рассмотрение дел, как, например, рассмотрение президиумом Верховного суда союзной республики решения, вынесенного одной из коллегий этого суда.

208. Роль Верховного суда СССР. Вместе с тем в 1957 году была ограничена возможность надзорного рассмотрения в части, касающейся Верховного суда СССР. Возможно, что это скорее было вызвано тенденцией децентрализации, характерной для того периода, чем реакцией на слишком широкое надзорное производство. Было установлено, что в подавляющем большинстве случаев дело должно быть окончательно разрешено Верховным судом союзной республики и не может передаваться в Верховный суд СССР. Масштабы этой реформы вырисовываются особенно отчетливо, если посмотреть, как она отразилась на составе Верховного суда СССР. До реформы он состоял из председателя и 78 членов. В 1972 году в его состав входили председатель, два его заместителя и 16 членов, к которым, когда рассматриваются решения верховных судов союзных республик, присоединяются председатели всех этих судов. Даже число

народных заседателей Верховного суда уменьшилось с 70 до 45.

Кроме судебных, Верховный суд осуществляет и другие функции. Они были особенно обширны в период (1963-- 1971 годы), когда было упразднено министерство юстиции. Но и сейчас велика роль Верховного суда в руководстве судами. Он издает важные директивы о применении законов и наделен правом законодательной инициативы.

## 2. Несудебное разбирательство споров

209. Значение такого рода разбирательств. Во всех странах большая часть споров разрешается без участия судов. Во Франции имеются различного рода административные суды, которые, хотя и осуществляют производство в юрисдикционных формах, не входят тем не менее в рамки судебной системы. В области торговли многие споры рассматриваются с помощью арбитража: арбитражное разбирательство находится под судебным контролем, но сами споры решаются не судами. Аналогичная ситуация и в Советском Союзе. Судебное разбирательство, о котором говорят Конституция, Основы законодательства о судостроительстве, республиканские законы о судостроительстве, вовсе не является единственным способом разрешения споров.

Несудебное разрешение споров имеет в Советском Союзе большую значимость, чем в несоциалистических странах. Это объясняется двумя причинами. Первая из них связана с экономической структурой общества: она требует, чтобы споры между государственными предприятиями находились в компетенции не судов, а других специальных органов. И наоборот, та же структура требует, чтобы именно в компетенции судов находились споры, возникающие из отношений по внешней торговле. Вторая причина заложена в марксистской доктрине и перспективе отмирания права, из которой она исходит.

В возможных пределах уже сейчас пытаются перейти от судебной деятельности к другим техническим приемам разрешения споров. Такого рода подход играет существенную роль при разрешении трудовых споров; равным образом он объясняет ту роль, которая отводится в СССР таким оригинальным институтам, как товарищеские суды. А. Арбитраж

210. Виды арбитража. В СССР существует два весьма различных вида арбитража. Первый -- это Государственный арбитраж (его можно назвать публичным), который призван разрешать споры между социалистическими предприятиями. Второй вид--это договорный арбитраж, роль которого в рассмотрении споров между гражданами весьма незначительна, но одновременно весьма велика в сфере международной торговли. Остановимся сначала на первом виде арбитража.

211. Государственный арбитраж. С первого взгляда система арбитража покажется французскому юристу чем-то похожим на систему административной юстиции, существующей во Франции параллельно с судебной системой. Подобного рода аналогия полезна, поскольку она помогает понять, что могут существовать органы, предназначенные для разрешения спорных проблем, но в то же время не являющиеся с правовой точки зрения судами в собственном смысле этого слова. Вместе с тем сравнение с административной юстицией обманчиво, поскольку арбитраж имеет другие функции и другие основания для своего существования. Функции административной юстиции состоят в том, чтобы разрабатывать и применять особое право -- административное право и по преимуществу то, которое действует в отношениях между администрацией и гражданами. Органы же советского арбитража призваны применять исключительно нормы, составляющие часть гражданского права, а в их компетенцию входят лишь споры между различными публичными, государственными организациями, которые осуществляют оперативное управление большей частью советской экономики.

Компетенция публичного арбитража ни в какой мере не распространяется на споры между администрацией, с одной стороны, и гражданами -- с другой стороны. Для этого вида споров советское право предусматривает как административный внесудебный порядок их рассмотрения на основе жалоб и заявлений заинтересованных лиц, общественных организаций или прокуратуры, так и судебный, предусмотренный Конституцией СССР 1977 года (ст. 57, 58). Доктрина уделяет этому институту много внимания, видя в нем одну из важных гарантий принципа социалистической законности.

Существование административной юстиции во Франции связано с делением права на публичное и частное. Государственный арбитраж в СССР связан с другим фактором, а именно с тем, что различного рода производственные и торговые государственные предприятия, участвующие в осуществлении народнохозяйственных планов, являются производными от государства, его порождением. Возникающие между ними конфликты, такие, как преддоговорные споры или невыполнение взятых на себя обязательств, -- это не конфликты между различными по своей природе субъектами права, которые вследствие этого требуют обращения к судебной системе, установленной Конституцией. Речь идет скорее о конфликтах двух или нескольких звеньев одного и того же комплекса; естественно, что они разрешаются без обращения к суду, в порядке арбитражного производства.

212. Практическая потребность в арбитраже. Названную категорию споров нельзя передать обычным судам также и потому, что способ комплектования этих судов не обеспечил бы достаточно квалифицированное разрешение таких споров. Когда речь идет об обстоятельствах и интересах повседневной жизни граждан, выборный судья, обладая общей компетенцией, может справедливо разрешить спор и применить закон. Споры же, возникающие между государственным и хозяйственным предприятиями, носят совсем иной характер. Их решение связано в большей мере с организационно-техническими нормами, чем с соображениями морали и справедливости; политический аспект этих дел выражен значительно слабее. Судья в арбитражном разбирательстве должен скорее обладать технической квалификацией, чем коммунистическими убеждениями или юридической подготовкой. Институт арбитража позволяет реализовать наряду с общим правосудием также и техническое правосудие. Одно из его достоинств - оперативность.

213. Виды Государственного арбитража. В течение длительного времени Конституция СССР говорила только о суде и не содержала норм об арбитраже, хотя он был уже организован и функционировал. Сегодня арбитраж прямо предусмотрен Конституцией 1977 года, гл. 20 которой носит название "Суд и арбитраж". Статья 163 предусматривает, что "разрешение хозяйственных споров между предприятиями, учреждениями и организациями осуществляется органами Государственного арбитража в пределах их компетенции". Советская доктрина говорит о существовании двух видов публичного арбитража: ведомственного, который рассматривает споры между предприятиями, подчиненными одному и тому же органу (например, министерству), и государственного, который рассматривает споры между предприятиями, относящимися к различным отраслям.

214. Государственный арбитраж. Он был создан в 1931 году, реформирован в 1960 году и в 1974 и 1979 годах подвергся существенным изменениям. В результате этих изменений Государственный арбитраж стал в отличие от прошлого единой централизованной системой. Решения арбитражных комиссий уже не могли быть аннулированы или приостановлены исполнением теми ведомствами, при которых находилось данное звено арбитража. Они подлежали контролю лишь со стороны вышестоящего арбитражного звена. Это последнее могло по жалобе заинтересованных сторон или по собственной инициативе изменить состоявшееся решение или вернуть дело на новое рассмотрение.

215. Ведомственный арбитраж. Этот вид арбитража трудно описать в силу сложности организации и ведомственных различий. С его

деятельностью детально знакомы лишь те, кто непосредственно сталкивается с ним. В целом порядок рассмотрения дел в ведомственном арбитраже такой же, как и в государственном, но возможны особенности, устанавливаемые руководителем соответствующего министерства или ведомства.

216. Арбитражные комиссии. Каждый арбитраж в иерархической системе этих органов возглавляет председатель, у которого несколько заместителей. Когда поступает дело для его разрешения, назначается арбитраж. Совместно с назначенными им консультантами он рассматривает дело по правилам, отличающимся от тех, которые содержит Гражданско-процессуальный кодекс.

В арбитраж нельзя обратиться, не попытавшись сначала придти к соглашению путем предъявления рекламации другой стороне. Но и после этого арбитр и стороны должны прежде всего попытаться решить дело мирным путем. Многие дела завершаются именно так. Однако если мировое соглашение не достигнуто, начинается квазисудебная процедура, в которой стороны представлены юрисконсультами соответствующих организаций. К адвокатам в этой связи обращаются редко. Процесс открытый, а решение может быть обжаловано в вышестоящий арбитраж в течение года с момента его вынесения. Многие арбитражные решения публикуются в специальных изданиях.

217. Разъяснения и директивы. Органы арбитража не ограничиваются рассмотрением конкретных дел, а осуществляют и иную деятельность административного и регламентарного плана. Они могут требовать от предприятий информацию о мерах по исправлению выявленных в арбитражном процессе недостатков в работе предприятия, представлять доклады руководству с требованием принять меры воздействия в отношении того или иного предприятия. Они могут также устанавливать сроки в заключаемых предприятиями договорах. Органы арбитража могут давать консультации предприятиям, например об условиях хозяйственного договора и по другим вопросам.

Государственный арбитраж СССР издает инструкции, которыми руководствуются нижестоящие арбитражные органы, участвует в подготовке Общих условий поставок. Начиная с 1955 года выходят в свет, хотя и без строгой периодичности, сборники инструкций Государственного арбитража СССР; в них публикуются арбитражные решения. Эти сборники -- фундаментальный документальный источник сведений о юридических аспектах советской экономики.

218. Важная роль Государственного арбитража. Сфера деятельности

арбитража значительна. После 1960 года его органы рассматривают практически все споры между государственными организациями. Все споры такого рода изъяты из компетенции обычных судов. Каждый год органы Государственного арбитража разрешают примерно семьсот тысяч дел.

219. Договорный арбитраж. Арбитраж, о котором шла речь выше, является обязательным; стороны в споре обязаны передать его в арбитраж в силу закона, хотя на практике в большинстве случаев рассмотрение дела в арбитраже стремятся завершить соглашением сторон. Другой вид арбитража представляет собой результат добровольного соглашения сторон, которые приходят к общему согласию о передаче их спора на рассмотрение арбитража. В Советском Союзе не очень благожелательно относятся к этому типу арбитража, поскольку речь идет о спорах между гражданами. Тем не менее у него есть перспектива, поскольку такое мирное решение споров больше соответствует развивающемуся коммунистическому обществу будущего. Положение о Государственном арбитраже от 17 августа 1960 года предусматривает возможность передачи сторонами их спора на разрешение избранного ими арбитра. Впрочем, и обычный судья часто выступает в роли примирителя сторон.

220. Внешнеторговый арбитраж. Не играя значительной роли в отношениях между гражданами, договорный арбитраж как бы в порядке реванша находится на первом месте в сфере внешней торговли. И это легко понять. Зарубежные промышленники и коммерсанты, ведущие дела с Советским Союзом, не расположены обращаться к советской системе юрисдикции. Советские юристы сами говорят о том, что по своей структуре, правилам деятельности, порядку обжалования она мало подходит для иностранцев, ведущих деловые отношения с Советским Союзом. Вместе с тем и советские юристы не расположены подчинять рассмотрение их возможных споров с иностранными контрагентами компетенции зарубежных государственных судебных систем. В силу этих причин в Советском Союзе сложилось очень благоприятное отношение к арбитражу. Он подписал Нью-йоркскую конвенцию (май 1958 года) и Европейскую арбитражную конвенцию (апрель 1961 года). В ряде двусторонних соглашений Советский Союз выразил свое благожелательное отношение к арбитражному рассмотрению споров в области международной торговли. Разумеется, что, как и другие государства, Советский Союз предпочитает, чтобы по мере возможности этот арбитраж происходил на его территории и осуществлялся советским учреждением.

Таким учреждением является Внешнеторговая арбитражная комиссия

при Торговой палате СССР. Деятельность этой комиссии определяется положением 1932 года. Советские организации, правомочные заключать торговые сделки с иностранцами, стремятся включить в договор условия, оговаривающие передачу возможных споров на рассмотрение этого арбитража, ибо он может принять дело к своему производству только на основе соглашения сторон. ВТАК сама определяет порядок рассмотрения дел. Она разрешает их в соответствии с условиями заключенного между сторонами договора; субсидиарно возможны ссылки на торговый обычай и признанное подлежащим применению иностранное право. Решения арбитража не подлежат никакому обжалованию. Таким образом, в Советском Союзе в данной сфере признано такое широкое значение принципа автономии воли, что это может вызвать удивление. Но не следует забывать, что одна из сторон в договорах, о которых идет речь, -- это фактически само государство. Советская монополия внешней торговли может только таким образом ответить капиталистической монополии на принцип автономии воли; советская монополия достаточно сильна, чтобы получать от этого одни лишь выгоды. Б. Общественные организации

221. Причины обращения к ним. Правосудие в судах осуществляется в соответствии с правом и от имени Советского государства. Однако и государство, и право должны исчезнуть при будущей высшей общественной организации -- коммунизме. В коммунистическом обществе конфликты полностью не исчезнут, но они не будут носить антагонистического характера, который делает необходимым использование для их разрешения права и принуждения.

В социалистическом обществе осторожно и в ограниченных пределах уже сейчас проводятся опыты по использованию таких социальных форм, которые должны развиваться в будущем новом обществе.

В этой связи много интересного можно увидеть во внутренней жизни колхозов, где целый ряд вопросов разрешается суверенно общим собранием колхозников и не является объектом рассмотрения судов. В области трудовых отношений расширена роль профсоюзов. Этим массовым организациям предоставлена широкая возможность играть первостепенную роль в коммунистическом обществе; им уже сейчас передаются многие функции государственных органов. Естественно, что профсоюзам отведена важная роль в сфере разрешения трудовых споров. На них возложена прежде всего задача примирительного характера. На каждом предприятии действуют комиссии по рассмотрению трудовых споров, которые состоят из равного числа представителей администрации и профсоюзного комитета. Если эта комиссия не приходит к общему решению,

профсоюзный орган данного района делает еще одну попытку согласования вопроса с администрацией и лишь после этого вступает в действие народный суд.

Порядок разрешения споров вне судебных рамок не кажется нам странным, ибо и в буржуазных странах имеется сходная примирительная процедура. В данной связи достаточно подчеркнуть лишь специфику условий, в которых она призвана действовать и быть эффективной. Иначе обстоит дело с некоторыми другими формами, не имеющими никаких параллелей в буржуазных странах. Речь идет прежде всего о товарищеских судах.

292. Товарищеские суды и общие собрания граждан. Товарищеские суды призваны рассматривать некоторые незначительные антиобщественные правонарушения, которые не нуждаются во вмешательстве правосудия. Товарищеские суды не рассматриваются советскими юристами как суды в полном смысле этого слова. При ином подходе их деятельность да и само существование было бы весьма трудно обосновать в свете ст. 4 Основ уголовного судопроизводства 1958 года, которая устанавливает, что никто не может быть подвергнут наказанию, иначе как по приговору суда в соответствии с уголовным законом. По-видимому, в товарищеских судах следует видеть нечто находящееся вне права -- ограниченный по своей значимости опыт, имеющий целью подготовить переход к будущему коммунистическому обществу путем вовлечения масс в деятельность по поддержанию общественной дисциплины. Общие собрания граждан, созданные в 1961 году и призванные бороться с гражданами, ведущими паразитический образ жизни, были упразднены в 1965 году.

### 3. Роль судебной практики

223. Советская концепция. После того как понята общий подход к праву в СССР, организация судебной системы и других органов разрешения споров, становится ясной та роль, которая отводится в СССР судебной практике. Очевидно, что в условиях, где право теснейшим образом связано с государственной политикой и где так стремятся сделать действенным суверенитет народа, представленный его парламентом, для судебной практики исключается возможность выступать в роли создателя норм права и она может осуществлять лишь строгое толкование права. Эта принципиальная позиция в какой-то мере подкрепляется и отсутствием в стране судебной касты, которая претендовала бы на то, чтобы стать независимой от государственной власти, если не соперничающей с ней. Такой касты никогда не было в России, где до 1864 года судьи

рассматривались как простые чиновники, а в период с 1864 года по 1917 год судейский корпус хотя и почувствовал необходимость автономии, но не успел сложиться в качестве такового.

"Судьи независимы и подчиняются только закону",-- гласит ст. 155 Конституции СССР. Речь идет о независимости суда по отношению к Советам, органам управления и прокуратуре. Судьи не могут получить от них каких-либо указаний; они не обязаны никоим образом приводить свои решения в соответствие с мнениями прокуратуры. Вместе с тем судья подчинен закону и ему не разрешено быть индифферентным в отношении государственной политики. Суд -- это инструмент в руках господствующего класса; он обеспечивает господство этого класса и охраняет его интересы. Такова действующая сегодня концепция. Независимость судей в стране, где провозглашен принцип концентрации всей государственной власти в Верховном Совете, не имеет ничего общего с поисками равновесия, когда судебная власть стремится как бы контр-балансировать власть законодательную.

224. Верховенство закона. Было бы трудно найти в СССР что-либо подобное контролю за конституционностью законов. Право такого контроля не предоставлено судам. Он не может осуществляться и прокуратурой, функция которой сводится к надзору лишь за соблюдением закона. Единственное правило относительно контроля за конституционностью закона -- это ст. 74 Конституции, которая устанавливает, что в случае расхождения закона союзной республики с общесоюзным законом действует общесоюзный закон.

Вообще говоря, суды могли бы, не нарушая никаких принципов, проверять законность актов государственного управления, например министерств. Но они не используют этой возможности. Считается, что только прокуратура должна внушать управленческим органам и местным Советам уважение к законности.

Таким образом, контроль за конституционностью и законностью находится вне пределов той роли, которую призваны играть суды. Их задача -- это применение законов, а также указов, постановлений, распоряжений, инструкций, изданных во исполнение действующих законов, это толкование законов в связи с их применением. Суды не призваны ни создавать право, ни развивать его, приспособивая к обстоятельствам. Советский закон может, если того пожелает законодатель, в известных случаях предоставить судье право выбора позиции. Но за исключением этих случаев, судья не может отойти от предписания закона, ссылаясь на требования справедливости или какие-либо иные принципы. Мы, на

Западе, любуемся правотворческой ролью нашей судебной практики, поисками социальной справедливости, которые ведут наши судьи. В Советском Союзе от судей требуется лишь применение права, но не правотворчество. Им отведено только это. *Aequitas legislatori jus magis conuenit.*

В силу сказанного выше складывается впечатление, что роль судебной практики в Советском Союзе меньше той, которую она играет во многих буржуазных государствах. Это впечатление еще больше подтверждается, если посмотреть, какое место занимает освещение судебной практики в советской юридической литературе. В течение длительного времени издавался единственный сборник "Судебная практика", который в 1957 году был заменен "Бюллетенем Верховного суда СССР". Верховные суды союзных республик также публикуют сборники своей практики. Однако до сих пор не существует методических сборников судебной практики, научные работы до недавнего времени содержали мало отсылок к судебным решениям.

225. Действительное значение судебной практики. Вывод, который можно было бы сделать из изложенного выше, нуждается, однако, в оговорке. В действительности роль судебной практики весьма значительна, если даже не иметь в виду такую ее существенную задачу, как охрана правопорядка и восстановление мира путем разрешения споров. Чтобы понять творческую и политическую роль судебной практики, следует исходить из условий, существующих в Советском Союзе, а не из эталонов, к которым мы привыкли в буржуазных странах.

Требование дисциплины и забота о законности, характерные для СССР, не позволяют, чтобы создание и развитие права происходили в анархических формах по инициативе судей. Вместе с тем и здесь реалистически признают, что система законодательства неизбежно содержит пробелы. Некоторые законы неполны или недостаточны; чтобы вскрыть такого рода несовершенства и пробелы, изучение судебной практики весьма полезно. Вследствие этого советская Конституция предусматривает надзор над судебной деятельностью, который осуществляется высшей инстанцией -- Верховным судом СССР. Аналогичный надзор над деятельностью органов публичного арбитража осуществляет Главный арбитр СССР.

Верховный суд СССР и Главный арбитр не ограничиваются проверкой конкретных дел, разрешенных нижестоящими инстанциями. Одна из их функций состоит в издании корректив и инструкций, имеющих целью направлять органы суда и прокуратуры в их практике применения законов.

Могут сказать, что, осуществляя деятельность такого рода, Верховный суд и Главный арбитр из органов правосудия превращаются в органы управления. Но советский автор ответит на это, что равным образом английский или французский судья, создавая нормы права, отходит от своей прямой роли и превращается в законодателя. То, что действительно важно отметить, так это тот факт, что в Советском Союзе не пренебрегают опытом судов. Правда, для того, чтобы сказать, каково же действующее право, не ссылаются на отдельные решения и приговоры; но, издавая на основе обобщения этих решений и приговоров директивы и инструкции по применению права, судебная власть, несомненно, способствует развитию советского права. Разумеется, как и в тех случаях, когда речь идет об органах управления, директивы и инструкции должны издаваться во исполнение и в рамках действующих законов. Практически это означает лишь, что они не должны противоречить закону. Их роль сводится к тому, чтобы или уточнить, как следует понимать конкретный закон при его применении, или к тому, чтобы восполнить пробел в законодательстве.

В Советском Союзе понимают также, что ссылки на судебные решения помогают более живо и конкретно разъяснить предписания закона. Научные работы все в большей и большей мере стремятся проиллюстрировать нормы, о которых они говорят, примерами, взятыми из судебной практики. Эти судебные решения или одобряются, или, наоборот, критикуются авторами за то истолкование, которое они дают закону. В последние годы опубликованы работы, специально изучающие судебную практику в конкретных областях права. Рубрика, посвященная судебной практике, в последние годы довольно регулярно появляется в журналах. Судебная практика, разумеется, не игнорируется и законодателем. Основы гражданского законодательства 1961 года содержат ряд положений, выработанных до этого судебной практикой.

226. Воспитательная роль судебной практики. Роль, которую советская концепция отводит судебной практике, не ограничивается сказанным выше. Исходя из посылки о том, что право -- это форма политики, советская концепция акцентирует политическую роль судебной деятельности. Советские суды должны не только толковать и применять законы, но и обеспечивать успех политики правительства, активно участвовать в воспитании населения, подготавливая своей деятельностью отмирание права. Решение дела судом должно быть таким, чтобы оно убеждало и сторону, проигравшую процесс, и осужденного подсудимого, и все общественное мнение в справедливости и разумности как самого решения, так и закона, на котором оно основано. Советский суд должен быть таким,

чтобы его сравнивали не с театральным спектаклем, а со школой. Отдел 11. Другие социалистические страны

227. Народные демократии и СССР. Судебная система в социалистических странах Европы построена на тех же принципах, что и в СССР. Здесь стремятся к тому, чтобы судейский корпус не превратился в замкнутую касту, а судьи были преданы делу социалистического строительства. Считается поэтому естественным, что судебные власти подчинены органам государственной власти и судьи отчитываются за свою деятельность в народных Советах.

Однако при всем сходстве с советской системой судебная организация в этих странах имеет и отличия от нее. Решение проблемы видели не в том, чтобы полностью воспроизвести советскую модель. Здесь не хотели отказываться от того, что оправдало себя в прошлом, а также видели, что некоторые черты советской системы связаны со специфическими условиями этой страны.

228. Судебная структура. Поскольку большинство социалистических стран не являются федерациями, то в них нет и такой инстанции, которую можно было бы сравнить с Верховным судом СССР.

Другое различие связано с подсудностью. Так, например, в Румынии и Чехословакии суды второй инстанции действуют всегда именно в этом качестве и в отличие от областных судов в СССР не рассматривают никаких дел по первой инстанции. Если это и бывает, то очень редко и в исключительном порядке. Специфической чертой может быть и наличие специальных юрисдикции, например административных судов. Аналог существующих в СССР товарищеских судов имеется в Венгрии. Здесь они были созданы в 1957 году, то есть раньше, чем в СССР, и весьма активны.

229. Государственный арбитраж. По примеру СССР и другие социалистические страны создали для рассмотрения споров в обобщественном секторе специальный орган, не связанный с общей судебной системой, а именно Государственный арбитраж, в наименовании которого в разных странах имеются нюансы. Есть и кое-какие отличия от советской системы.

Государственные арбитражные комиссии создаются как в регионах, так и в общенациональном масштабе и обычно действуют при каком-то государственном органе: в Польше при Председателе Совета Министров, в Болгарии -- при Комитете по координации экономики. Компетенция арбитража в ряде стран шире, чем в Советском Союзе. В Болгарии, Польше, Чехословакии он рассматривает также и споры между сельскохозяйственными кооперативами и государственными

предприятиями. В ГДР все заседания арбитража закрыты. В Болгарии и Польше решения региональных арбитражных органов можно обжаловать в вышестоящий арбитраж. В Чехословакии решения центральной арбитражной комиссии могут быть обжалованы в ее президиум, куда входит Главный арбитр и его первый заместитель. В ГДР некоторые арбитражные решения считаются обязательными прецедентами.

Более значима, чем все эти детали, эволюция института, которая имела место в Югославии, Албании и Венгрии. В этих странах, соответственно в 1955, 1969 и 1972 годах, Государственный арбитраж был упразднен. В Югославии его заменила иерархическая система экономических судов, в компетенцию которых входит рассмотрение споров, стороной в которых являются иностранцы, и все споры между организациями, действующими в обобщественном секторе. Дела в этих судах рассматриваются с участием народных заседателей. В Албании все споры отнесены к компетенции обычных судов. В Венгрии избрали третий путь: для рассмотрения хозяйственных споров при судах второй инстанции были созданы специальные отделения, а принимаемые здесь решения можно обжаловать в экономическую палату, входящую в структуру Верховного суда.

230. Выборность судей. Принцип выборности судей действует во всех европейских социалистических странах, но порядок избрания во многом отличен от того, который действует в СССР. Судьи всех инстанций избираются представительными органами -- народными Советами разных уровней. Кандидат должен иметь юридическую квалификацию. Для народных заседателей организуются специальные курсы, где они получают необходимую юридическую подготовку. Срок, на который избираются судьи, варьируется от страны к стране: в Болгарии -- 3--5 лет (в зависимости от инстанции), в Югославии--8 лет, в Чехословакии-- 10 лет. В Польше члены Верховного суда назначаются на 5 лет, а остальные судьи -- на "неопределенный срок", что практически означает пожизненно, потому что судья может быть отозван только в случаях, прямо предусмотренных законом.

231. Народные заседатели. В отличие от СССР в некоторых странах (Польша) заседатели избираются народными Советами, и это дает, как правило, хорошие результаты. Складывается впечатление, что участие народных заседателей в процессе получило несколько преувеличенные масштабы. Принимаются меры, направленные на то, чтобы упростить рассмотрение некоторых категорий дел, доверив его единоличному судье.

Конституция Чехословакии, чтобы подчеркнуть равноправие профессионального судьи и народных заседателей, называет их народными

судьями. Они избираются на четыре года районными национальными комитетами. Их участие в рассмотрении гражданских дел после 1969 года сузилось и охватывает в основном семейные и трудовые дела. Та же самая ситуация в Венгрии.

Сходные правила действуют и в Болгарии, с учетом того, что в отличие от других стран народные заседатели здесь избираются так же и на тот же срок, что и судьи.

В Югославии народные заседатели участвуют в рассмотрении всех дел в первой инстанции, за исключением установленных законом случаев, когда действует единоличный судья. Специфика Югославии -- участие народных заседателей в экономических судах.

232. Порядок обжалования. В Чехословакии и Югославии в отличие от СССР остались верны апелляции. Польша не знает апелляции, но пересмотр в порядке надзора (ревизии) здесь подчинен иным правилам, чем в СССР. Жалоба приносится непосредственно в Верховный суд и может привести к отмене оспариваемого приговора или решения только в том случае, если она была подана в течение шести месяцев после вступления приговора или решения в силу. Если срок пропущен, Верховный суд в интересах закона указывает, что приговор или решения вынесены не на должном уровне, но ограничивается этим, и обжалуемый приговор или решение остается в силе. Право на обжалование в порядке надзора (ревизии) имеют министр юстиции. Генеральный прокурор, первый Председатель Верховного суда.

233. Роль судебной практики. Есть основания предположить, что судебная практика в рассматриваемых странах играет несколько большую роль, чем в СССР. Это подтверждает сравнение сборников судебной практики, издаваемых в СССР и других социалистических странах. В Югославии закон возлагает на Верховный федеральный суд обязанность следить за регулярной публикацией наиболее важных решений как самого этого суда, так и других высших судебных инстанций. Каждый год выходит в свет три тома сборника решений высших судов. Такая же обязанность возложена законом на Высший экономический суд.

Сборники судебной практики, публикуемые в социалистических странах, носят официальный характер. Решения публикуются в них выборочно, как и в СССР. Сборники призваны быть руководством для судей и вообще юристов в их деятельности, и они не претендуют, подобно сборникам, издаваемым в буржуазных странах, на то, чтобы определять линию развития права, независимого от воли законодателя. Глава III. ОБЫЧАЙ И ПРАВИЛА СОЦИАЛИСТИЧЕСКОГО ОБЩЕЖИТИЯ

234. Обычай. В советском праве обычаю отводят весьма ограниченную роль. Полная перестройка общества и даже самого человека, которая предполагается при построении коммунизма, связана с революционным переворотом, никак не совместимым с обычаями прошлой эпохи.

Обычай сохраняет в СССР некоторую значимость лишь в той мере, в какой он необходим или полезен для толкования и применения закона (*consuetudo secundum legem*), или в тех немногочисленных случаях, когда сам закон отсылает к обычаю, отводя ему определенную сферу.

Тот факт, что обычаю в советской правовой системе отведено второстепенное место, не представляет собой ничего удивительного. Тем не менее об обычае следует сказать хотя бы потому, что отношение к нему означает полный разрыв с тем, что раньше в России являлось правилом. Отказ от обычаев в советском праве отличен от того, что произошло в романо-германской правовой системе в XIX -- XX веках, когда на место обычного права пришло право по преимуществу законодательное, основанное на кодексах. В романо-германской правовой системе произошла прежде всего перемена техники, причем такая перемена в целом не ставила своей целью изменение содержания правовых норм, выразившихся ранее в форме обычая, и не привела к этому результату. В Советском Союзе переворот в существе права сопровождался изменением техники. Подлинная гражданская революция стремилась к тому, чтобы люди привыкли к другой жизни в соответствии с новыми нормами.

235. Правила социалистического общежития. Идеал марксизма-ленинизма - создание такого общества, где не будет права и отношения между людьми не будут регулироваться его нормами. Тогда обычай может оказаться на первом плане. Это будущее обычая проявляется уже сейчас в употребляемых как законом, так и доктриной формулах, где речь идет о правилах социалистического общежития. Ст. 59 Конституции СССР гласит: "Гражданин СССР обязан соблюдать Конституцию СССР и советские законы, уважать правила социалистического общежития".

Многие авторы как в самом Советском Союзе, так и за границей задают себе вопрос, какой смысл вложен в эту формулу и с какими выводами она связана. Некоторые несоветские авторы полагают, что упоминание о правилах социалистического общежития призвано выработать формулу, по своей роли подобную "публичному порядку" или "добрым нравам" буржуазного права. Другие видят в этом выражении основание для своеобразного обычая в рамках закона, способного возлагать на граждан некоторые обязанности (например, обязанность при соответствующих обстоятельствах оказать помощь ближнему), когда такого

рода обязанности не вытекают прямо из закона. Понимаемая в этом двояком смысле формула Конституции применялась мало, кроме тех случаев, когда связанные с ней последствия конкретизировались в самом тексте закона.

В действительности же конституционная формула имеет совершенно иное значение. Попытки увидеть в ней юридическое содержание и втиснуть ее в рамки правопорядка искажают существо этой формулы. Правила социалистического общежития, о которых говорит Конституция, не являются правом и не претендуют на это. Их можно понять только под углом зрения развития общества к коммунизму. С переходом к нему право исчезнет и для регламентации поведения людей останутся только правила коммунистического общежития. В настоящее же время формула Конституции имеет лишь ограниченное значение, хотя она и служит основой для поисков новых социальных форм, которые имеют место в СССР. Правила социалистического общежития являются основой для всех тех форм деятельности, с помощью которых гражданин может уже сегодня добровольно участвовать в управлении страной, включаясь, например, в деятельность по охране общественного порядка или иные общественные службы. Эти формы деятельности предвосхищают то, что станет полной реальностью в будущем коммунистическом обществе. Глава IV. ДОКТРИНА

236. Марксизм-ленинизм. Относительно доктрины, как и по поводу других источников советского права, можно сделать некоторые замечания, связанные с особенностями советской правовой системы. Когда говорят о доктрине и ее роли в советском праве, то имеют в виду не только юридические работы, опубликованные в стране. Прежде всего требуют внимания документы, которые достаточно авторитетно формулируют марксистско-ленинскую доктрину. Право в СССР рассматривается как реализация этой доктрины: она служит и основой государственной политики.

Советские авторы твердо убеждены в этом. В своих работах они постоянно ссылаются на основоположников марксизма-ленинизма, труды и речи советских руководителей, программы и решения коммунистической партии. Такого рода документы, как партийные программы и решения, совершенно очевидно, не образуют право в собственном смысле этого слова. Однако их доктринальное значение неоспоримо, ибо в этих документах содержится изложение марксистско-ленинской теории в ее современном звучании по самым разным вопросам. Советский юрист и любое другое лицо, желающее изучать советское право, должны постоянно

обращаться к ним.

237. Собственно юридическая доктрина. Наряду с этими основополагающими документами, позволяющими понять дух советского права и определяющими линию поведения судей, юридическая доктрина в собственном смысле слова, т. е. специальные работы в области права и по его конкретным вопросам, также обладает в Советском Союзе специфическими чертами. Прежде всего приходится проводить различие, и весьма существенное, между авторами, ведущими преподавание в высших учебных заведениях, и теми, кто посвятил себя исследовательской работе.

Задачей преподавателей права не является его критика, они должны лишь облегчить его понимание и применение путем разъяснения воли законодателя. Они должны также, подобно судьям, стремиться к тому, чтобы помочь успешному осуществлению государственной политики, разъясняя разумный и справедливый характер советского права. Работы, подготовляемые этими авторами, не отличаются оригинальностью.

Иная задача у тех, кто занимается научно-исследовательской деятельностью. Эти лица не преподают в высших учебных заведениях: они не профессора, а научные сотрудники общесоюзных или республиканских институтов. Наиболее известный среди них -- это Институт государства и права Академии наук СССР, который насчитывает свыше 200 научных сотрудников, распределенных по секторам. Значительны также в общесоюзном плане Институт советского законодательства Министерства юстиции СССР и институт в области криминологии при Прокуратуре СССР. В основе организации работы в этих институтах лежит план, но сам этот план составляется в значительной мере по предложениям секторов и их сотрудников. Инстанции, окончательно утверждающие план, следят в основном за тем, чтобы работы не дублировали друг друга. Они осуществляют также контроль за работой секторов. Работы, подготовляемые научными сотрудниками, прежде чем быть напечатанными, широко обсуждаются секторами или более высокими научными инстанциями. Они публикуются под именем подготовившего их автора. Институты, во всяком случае важнейшие из них, располагают превосходными библиотеками и другими вспомогательными средствами для научной работы. Результатом такого рода организации исследования являются произведения отличного качества. В атмосфере большей свободы им несвойствен чрезмерный конформизм, они не только излагают действующее право, подчеркивая его достоинства, но и ищут новые пути. Усилилось внимание к социологии, особенно в уголовном, семейном и трудовом праве, растет интерес к сравнительному праву'.

238. Другие социалистические страны. Юристы этих стран, более приверженные к западной концепции интеллектуальной свободы и сохранившие более тесные связи с Западной Европой, не столь доктринальны, как советские авторы. Эти юристы понимают и не боятся сказать, что со времен Маркса и Энгельса капиталистический режим существенно трансформировался. Они не только клеймят буржуазное право, но и ищут пути к расширению взаимопонимания двух систем и полагают, что юридическая наука Запада по-прежнему в состоянии предлагать достойные внимания модели, а опыт западных государств, несмотря на различие систем, заслуживает изучения и может даже быть использован руководством социалистических стран. Воспринятую сегодня повсеместно точку зрения хорошо выразил венгерский автор И. Сабо, который писал: "Социалистическая законность, будучи антитезой капиталистической законности, в то же время является ее продолжением, историческим следствием. Социалистическая законность сохраняет все те прогрессивные принципы, которые входят в понятие буржуазной законности; социалистическая законность использует методы и технику, способные служить целям, стоящим перед нею... Мы изучаем правовые институты Запада, чтобы извлечь уроки юридической методик и техники для укрепления и развития социалистической законности".

Раздел третий  
СТРУКТУРА ПРАВА

239. Оригинальность советского права. Структура определенной правовой системы может быть рассмотрена в трех аспектах: первый из них отражает ее деление на основные составные части, второй говорит о ее важнейших институтах и, наконец, третий раскрывает, как понимается сама норма права.

Советское право восприняло от старого русского права такую концепцию правовой нормы, которая близка к ее пониманию в романо-германской правовой системе. В этой связи нет необходимости делать какие-либо особые замечания.

Что же касается категорий и институтов, то здесь нельзя не признать оригинальности советского права. По внешнему виду в нем сохранены категории и институты романо-германской правовой системы. Однако по своему существу они коренным образом обновлены. В обществе нового типа, основанном на иной экономической системе и руководствующемся иными идеалами, возникают и совершенно иные проблемы. Правовые категории и институты могут сохранять свои старые наименования, но в большинстве случаев они имеют иную природу. Только с формальной точки зрения они похожи на категории и институты досоветской эпохи,

близкие юристам романо-германской школы. Глава I. СИСТЕМА ПРАВА

240. Формальное сходство с буржуазным правом. Система советского права по внешнему виду с некоторыми оговорками остается такой же, как и система права романо-германского типа. Существуют, правда, и известные отличия: семейное право отделилось от гражданского, исчезло торговое право, появилось колхозное и жилищное право. Однако отличия и варианты в системе имеются также и между правом разных стран, входящих в романо-германскую правовую семью. Такого рода отличия сами по себе не являются достаточным основанием для выделения данного права в особую семью.

Советские авторы возражают против того, чтобы различия в системах права сводить только к формальным моментам без рассмотрения содержания отраслей права. Они говорят, что сходство между системой советского права и системой права европейских буржуазных стран является чисто внешним и формальным, ибо в действительности в силу различия экономического строя совершенно разные проблемы выступают в качестве объектов гражданского права, конституционного права, административного права, уголовного права. Право по-прежнему разделено на отрасли, носящие те же наименования, что и прежде, но на этом аналогия кончается. В государстве социалистическом и государстве несоциалистическом встают различные, по существу, проблемы, и марксистско-ленинское учение требует их рассмотрения под новым, не индивидуалистическим углом зрения.

241. Конституционное право. Само собой разумеется, что советское конституционное право в высокой степени отличается от конституционного права буржуазных стран. Особенно характерны две его черты: ведущая роль, отведенная коммунистической партии, и осуществление власти и управления Советами всех уровней. Стоит вспомнить, к каким последствиям привели в 1968 году в Чехословакии попытки поставить под сомнение руководящую роль коммунистической партии, и мы увидим, насколько значима первая из названных черт. Важность второй подчеркивает уже само наименование: Советский Союз. Принадлежность государства к социалистическому типу определяется прежде всего наличием этих двух черт.

242. Другие отрасли права. Оригинальность советского права не сводится лишь к характеристике конституционного права. То же можно сказать и о других отраслях права, которые оказались почти полностью обновленными. Это можно сказать и об административном, и о трудовом, и об уголовном, и о гражданском праве.

243. Административное право. Обратимся к административному праву. Для юриста капиталистического мира самым существенным является охрана индивидуума и его прав от злоупотреблений со стороны администрации, которые должны предупреждаться или наказываться. Советский юрист также небезразличен к этой проблеме, но он рассматривает ее в другом свете'. В его глазах бесполезно стремиться обеспечить охрану индивидуума без полного обновления общества, к чему ведет обобществление средств производства. Со своей стороны такого обобществления достаточно, чтобы решить в общем плане проблему, которая беспокоит юристов капиталистического мира. Права и интересы индивидуума, по мнению советских юристов, автоматически охраняются и гарантируются с переходом к плановой экономике, основанной на марксистских принципах. С их точки зрения, при социализме устанавливается полное соответствие между интересами личности и общества.

Советского юриста интересуют прежде всего те большие новые проблемы, которые выдвигаются в административном праве. Здесь снова на первый план выступает социалистическая собственность. Право стремится умножить формы контроля за рациональным использованием собственности в процессе управления ею и формы охраны от всякого рода расхищений и присвоений.

Дискуссии, которые имели место на конференции, организованной Международной ассоциацией юридических наук в 1958 году в Варшаве, показали, что юристы социалистических и несоциалистических стран по этим вопросам плохо понимали друг друга. Юристам несоциалистических стран было непонятно административное право, которое не сконцентрировано на охране личности и судебном контроле над администрацией. У юристов социалистических стран была своя позиция. Для них основным была государственная политика строительства коммунизма; идею судебного контроля они заменяли новым видом контроля, осуществляемого представителями народа и общественными организациями. Таким образом, нетрудно увидеть, насколько административное право социалистических стран отличается от буржуазного административного права. В этих странах возникают проблемы иного свойства, и марксизм-ленинизм дает иные принципы для решения, чем те, из которых исходят в капиталистических странах.

244. Гражданское право. Возьмем теперь гражданское право. Основная его задача для буржуазных юристов -- это защита индивидуалистических интересов, частной собственности, являющейся основой экономики в

капиталистическом обществе. Наиболее существенное в данной связи -- это признание "моего" и "твоего" как в вещном, так и в договорном и наследственном праве. В отличие от этого в Советском Союзе регламентация личной собственности (ее называют именно так, чтобы подчеркнуть, что даже здесь произошло решительное изменение) отодвинута на второй план. Центральным в гражданском праве является новое понятие социалистической собственности, ее различные формы, правовой режим, гарантии. Первостепенное значение этого нового типа собственности обнаруживается уже при ознакомлении с советской Конституцией; оно подтверждается и при ознакомлении с Основами гражданского законодательства. Основы прежде всего говорят об объектах государственной собственности (ст. 21), затем колхозной собственности (ст. 23), собственности профсоюзных и иных общественных организаций (ст. 24) и лишь затем -- об объектах личной собственности (ст. 25) и собственности колхозного двора (ст. 27). Охрана социалистической собственности выдвигает совсем иные проблемы, чем собственность индивидуальная. Социалистическую собственность намного труднее защищать наиболее подходящими и действенными способами. Когда речь идет о частной собственности, можно рассчитывать на индивидуума, всегда готового бороться за свои права и интересы и защищать свою частную собственность. Охрана социалистической собственности предполагает создание специальных институтов, имеющих целью защиту общих интересов. Советское гражданское право в той мере, в какой его объектом является социалистическая собственность (а именно здесь и возникают наиболее важные юридические проблемы), по своему содержанию весьма отличается от гражданского права несоциалистических стран, где только изредка в той или иной мере занимаются подобными проблемами.

245. Отказ от деления на публичное и частное право. Оригинальность советского права выражается также и в том, что советская доктрина отказалась от основного деления права, принятого в романо-германской правовой семье. Речь идет о делении на публичное и частное право, являющемся традиционным и основополагающим для этой семьи. Оно восходит еще к римскому праву и является основополагающим в том смысле, что в качестве сердцевины права в этих странах всегда рассматривалось частное право. В течение веков юристы по соображениям осторожности оставляли в стороне публичное право, переплетающееся с политикой и плохо отличимое от административной науки. Еще и сегодня ряд его отраслей пребывает в бесформенном, недоразвитом состоянии по сравнению с частным правом.

Марксистская доктрина избрала в этом отношении противоположную позицию. В письме к Курскому В. И. Ленин употребил формулу, ставшую знаменитой: "Мы ничего "частного" не признаем, для нас все в области хозяйства есть публичноправовое, а не частное". Эта формула была подхвачена советскими юристами. Они отрицают существование в Советском Союзе частного права; для них гражданское право, подобно процессу или административному праву, составляет часть публичного права.

Основное соображение, которое привело советскую доктрину к отрицанию различия между публичным и частным правом, сводится к следующему. Для марксиста фактором, определяющим отношения, складывающиеся в обществе, является экономический строй общества. Соответственно этому частное право находится в строгой зависимости от публичного права, которое юридически оформляет экономический строй. Отрицать различие публичного и частного права -- значит утверждать глубокое единство права. Это единство обусловлено тем, что во всех своих интересах право является, по существу, отражением экономического строя общества.

Другое соображение сводится к следующему: для марксистской теории не являются нормами права правила, отвечающие требованиям справедливости или порожденные моралью, которым спонтанно следуют люди в своих взаимоотношениях. Юридические нормы, по их мнению, устанавливаются более или менее открытым или, наоборот, замаскированным образом господствующим классом для того, чтобы гарантировать свои политические интересы и политическую власть. Право -- это не более чем аспект политики, инструмент в руках господствующего класса. В этой концепции не остается места для частного права, которое претендовало бы на независимость от каких бы то ни было предвзятых мнений и политических обстоятельств.

Отрицание частного права порождено новой концепцией о праве в целом, которую утверждает марксизм. Это отрицание есть не более чем иной способ выражения мысли, что все правовые отношения определяются политической идеей, а не идеей справедливости. Право -- это политика, и, наоборот, то, что не является политикой, не является и правом.

Отрицание различия между публичным и частным правом влечет за собой и некоторые важные практические последствия.

246. Императивный характер права. Если право (именно право в целом, а не только то, что мы называем публичным правом) -- это аспект политики, то очевидно, что для его успешного действия максимально

большому числу законов и норм должен быть придан императивный характер. Так происходит еще и потому, что советский строй, поставив задачу перехода к обществу нового типа, находится в развитии, и диспозитивные нормы, позволяющие сохранить элементы прошлого, должны уступить место императивным, обеспечивающим это развитие. В гражданском праве пошли еще дальше по пути усиления императивности норм. Неисполнение договоров в государственном секторе экономики может повлечь за собой уголовные санкции. Такие же санкции влечет за собой покупка с целью перепродажи.

247. Поиски новой систематики. Стремясь решительно порвать с буржуазным правом, советские авторы подчас недовольны тем, что некоторые категории этого права еще сохранились в Советском Союзе если не по существу, то по форме. Им кажется, что за полным обновлением советского права с точки зрения его сущности и содержания должно последовать и требование новой систематики, отбрасывающей понятия прошлого. Однако до сих пор такого рода попытки не увенчались успехом. Тем не менее на некоторые из них следует указать, ибо они показывают, как в Советском Союзе представляют себе развитие права.

Научные споры в этой связи (причем они вспыхивали дважды) концентрировались на вопросе о том, следует ли признать существование в системе советского права специальной отрасли, называемой хозяйственным правом.

В СССР и большинстве других социалистических стран существование хозяйственного права в законодательном порядке не признано. Иначе решен вопрос в Чехословакии и Германской Демократической Республике. В Чехословакии были предприняты особенно большие усилия в этом направлении. Наряду с созданием двух кодексов -- гражданского права и хозяйственного права -- в первом из них появилась новая терминология. Применительно к сфере отношений между организациями, с одной стороны, и гражданами -- с другой, традиционное понятие договора было заменено понятием услуг, которые первые оказывают вторым. Вместе с тем издание Внешнеторгового кодекса означало признание того глубокого различия, которое существует между внутренними отношениями и внешней торговлей. Глава II. ПРАВОВЫЕ ПОНЯТИЯ

248. Воздействие марксистской доктрины. Власть народа, с одной стороны, и создание социалистической системы хозяйства -- с другой, повлекли за собой изменение существа правовых понятий, которые приобрели в новых условиях новый смысл. Используя терминологию,

унаследованную от прежнего русского права, советские юристы в то же время исследуют совершенно новые проблемы и делают это под иным углом зрения. Термины, таким образом, принимают иной смысл. Изучая советское право, следует порвать с юриспруденцией понятий и ясно отдавать себе отчет в том, что понятия не имеют абсолютной ценности, что они способны изменяться. Противники советского строя утверждают, что он не знает демократии, прав человека. В действительности же эти понятия приобрели иной смысл.

В стремлении к чистоте терминологии можно только сожалеть о том, что изменение существа явлений не повлекло за собой выработки новых наименований. Однако следует приспособиться к принятой в советском праве терминологии, помня, что, какой бы она ни была, понятия советского права практически -- это нечто иное, чем соответствующие понятия буржуазного права. Чтобы показать всю глубину происшедших изменений, следовало бы провести изучение всех основных институтов советского права. Но это невозможно в рамках настоящей работы. Поэтому ограничимся характерными примерами, и в частности некоторыми замечаниями о собственности и договоре. Отдел I. Собственность

249. Буржуазная и социалистическая концепция собственности. Центральным понятием советского права является собственность, и советские юристы с гордостью подчеркивают всегда, что это понятие приобрело у них совершенно новый смысл. Западный юрист с первого взгляда будет даже удивлен тем акцентом, которое делается на этом понятии, ибо во французском праве оно занимает достаточно скромное место.

Тем не менее то, что в условиях советского строя собственность выдвигается советскими юристами на первый план, совершенно естественно. Марксистская доктрина утверждает, что право прежде всего обусловлено экономическим строем общества, для нее важно, каков способ присвоения материальных благ и соответственно этому каков их режим. Именно в отношении режима собственности марксизм требует полного изменения представлений, революции, которая скажется на всех других отраслях права и даже на сознании людей.

Да и в буржуазных странах видимая простота режима собственности является обманчивой. Можно наверняка утверждать, что раздел о вещном праве во французском Гражданском кодексе далек от того, чтобы исчерпать содержание института собственности, и дает о нем недостаточное представление. В нем опущены ограничения правомочий собственника; не упоминается о правовых институтах, связанных с урбанизацией, о

правовом регулировании аренды. Договорное право автономно по отношению к вещному праву, что является следствием крайнего индивидуализма, царящего в буржуазном обществе, и той первостепенной роли, которую соответственно этому пытаются придать воле. Если же отказаться от такого подхода, купля-продажа, как и другие договоры такого рода, могут с достаточным основанием рассматриваться как составная часть вещного права, понимаемого в широком смысле слова.

Советское право отбрасывает узкую концепцию права собственности, исповедуемую французскими юристами. Для него институт собственности -- это совокупность норм, которые определяют не только порядок присвоения материальных благ и переход права собственности на имущества, но также порядок управления имуществом и относящиеся к нему юридические действия.

250. Трудность сравнения. Режим собственности в Советском Союзе существенно отличается от режима собственности в капиталистических странах.

Деление имущества на движимое и недвижимое, являющееся основным для романо-германских правовых систем, не представляет никакого интереса для советских юристов. Для них такой основной характер носит вытекающее из марксистской доктрины деление вещей на орудия производства и предметы потребления.

Единству (по меньшей мере внешнему) режима собственности в странах романской системы советское право противопоставляет три различных режима: личной собственности, кооперативной собственности и государственной собственности.

К сказанному следует добавить, что, отказываясь от романских традиций, советские юристы исходят из того, что право всегда регулирует отношения между людьми; существование права, соединяющего лицо и вещь, собственника и объект собственности, трактуется ими как буржуазный подход. Отсюда отрицательное отношение к понятию вещного права.

По всем этим причинам советские юристы полагают, что при социализме собственность становится иной, чем при капиталистическом режиме, причем в такой степени, которая исключает возможность подлинного сравнения правового режима социалистической и капиталистической собственности. Высказываясь так, советские юристы исходят по преимуществу из представления о буржуазном праве в том виде, в каком оно находилось много лет назад. Это положение менее оправдано, если исходить из современного права несоциалистических стран

Европейского континента, для которого характерна большая сложность вещных прав. Оно также менее оправданно, если взять в качестве исходного пункта сравнения английское право собственности (*low of property*). Однако и в этих случаях советская позиция продолжает оставаться глубоко оправданной: существуют принципиальные различия между капиталистическими правовыми системами и советским правом, ибо они исходят из различных принципов общественной жизни.

251. Личная собственность. Так переименована частная собственность, чтобы подчеркнуть, что собственность может быть использована исключительно для удовлетворения потребностей лица в соответствии с назначением объекта собственности, но не для извлечения доходов или спекуляции.

Если не считать этой важной оговорки, личная собственность регламентируется, в общем, теми же правилами, что и частная собственность в буржуазном праве. Носитель права личной собственности может пользоваться вещью, возмездно или безвозмездно отчуждать, завещать ее.

Отличительной чертой этого вида собственности, тесно связанной с запрещением использовать ее в целях наживы, является ограничение числа имуществ, которые могут быть объектом личной собственности. К ним относятся предметы потребления в марксистском значении этого понятия, противопоставляемые средствам производства.

252. Кооперативная собственность. Особенно проявляется своеобразие советского права при рассмотрении двух других типов собственности: кооперативной и государственной.

Рассмотрим сначала кооперативную собственность, примером которой является колхозная собственность. Земля, как известно, в СССР национализирована: она, следовательно, не принадлежит колхозам, которые имеют на нее лишь право бессрочного пользования. Небесполезно отметить, что это право не имеет ничего общего с *узифруктом* французского права. Чтобы увидеть это, достаточно обратить внимание на прилагательное "бессрочное", поскольку по французской концепции *узифрукт* по своему существу -- это всегда право, устанавливаемое на срок. Но есть и другое отличие. Праву пользования землей, предоставленному колхозам, соответствует комплекс обязанностей. Это еще более удаляет советский институт от романо-германского понятия *узифрукта*. Советский институт кооперативной собственности нельзя рассматривать ни как расчленение собственности, ни как подлинно вещное право.

Колхоз обязан обрабатывать или использовать определенным образом

предоставленную ему землю. На него может быть возложена обязанность совершать определенные поставки государству. Организация колхоза и порядок управления им должны соответствовать нормам колхозного права. Кооперативно-колхозная собственность наряду с определенными полномочиями налагает, таким образом, на ее носителя и целый ряд обязанностей. Трудно, если не невозможно, сравнивать ее с кооперативной собственностью, известной буржуазным правовым системам.

253. Государственная собственность. Еще более своеобразна социалистическая собственность в области промышленного производства и сельского хозяйства (совхозы). Социалистическая собственность охватывает две категории имущества, режим которых весьма отличен друг от друга. Это основные средства и оборотные средства, или, более конкретно, земля, здания, сооружения, машины, с одной стороны, сырье и готовая продукция -- с другой. Различие режимов состоит в том, что первые предназначены для постоянного использования (и, следовательно, не могут отчуждаться обычном порядке), в то время как вторые специально предназначены для отчуждения.

Однако как в отношении первых, так и вторых прежде всего возникает вопрос: кто же их собственник? Этот вопрос стал предметом длительных теоретических дискуссий, что уже само по себе подчеркивает своеобразие этого советского института. Дискуссии привели к выводу о том, что для советского права основной вопрос заключается не в том, кто собственник, а прежде всего в том, кем и как используются имущества. Этот вывод далек от капиталистического подхода, когда собственник в принципе рассматривается как суверен, а способ, каким он использует свою собственность, не является вопросом права.

Субъектом права государственной собственности является государство, а еще более точно--народ, нация, представителем которой выступает пока государство. В этой связи теория социалистической собственности скорее заставляет вспомнить теорию домена французских административистов, чем цивилистическую концепцию собственности. Однако любое сравнение с буржуазными доктринами по ряду причин окажется неадекватным.

Имущества, находящиеся в собственности государства, и имущества, находящиеся в руках государственных промышленных предприятий,-- различные категории. Основные средства безвозмездно передаются государством этим предприятиям как бы в своеобразную концессию, сроки которой могут быть всегда односторонне изменены государством. В связи с этим предприятия не имеют никакого права, которое они могли бы

противопоставить государству. Обратные средства, напротив, являются продуктом труда тех, кто работает на предприятии. Это обстоятельство и тот факт, что они предназначены для отчуждения (для другого предприятия или для потребителя), заставляет установить для них совсем иной режим.

Существо режима социалистической собственности в обоих случаях определяется ее назначением для целей производства и потребления. Основной вопрос -- это использование собственности, распоряжение имуществом, являющимся ее объектом. Ключевое понятие -- оперативное управление. Оно показывает, каким образом государственное предприятие может распоряжаться выделенным ему имуществом, действуя при этом строго в рамках народнохозяйственного плана. Наличие этого плана делает право собственности в СССР совсем иным явлением и объектом иной регламентации, чем то, что можно увидеть в несоциалистических странах. Правда, и в этих странах государство играет в настоящее время важную роль в экономике. Однако существующие здесь "гибкие" планы представляют собой нечто совсем другое, чем "строгий" план в СССР, который не ограничивается только тем, что определяет общие цели, но и фиксирует точные задачи каждого предприятия. Количественное различие в мере вмешательства государства в социалистических и капиталистических странах переходит в силу своего значения в качественное различие. И хотя термин "собственность" сохранен, социалистическая собственность имеет очень мало общего с собственностью в капиталистических странах, даже если речь идет о существующей в последних государственной собственности. Отдел II. Договоры

254. Иная функция договора; хозяйственные договоры. Советское право дает договору точно такое же определение, какое принято в романо-германской правовой системе. Тем не менее в советском праве договор выражает нечто иное, ибо в условиях советской экономики функции договора по преимуществу отличаются от функции договора в буржуазных странах. Употребляя понятие "договор", советские юристы и юристы стран романо-германской правовой системы зачастую говорят поэтому о двух различных вещах'.

Различие между договором в советской и романо-германской правовых системах выступает особенно отчетливо, если обратиться к хозяйственным договорам, то есть к обобществленному сектору советской экономики. Непосредственное оперативное управление в Советском Союзе осуществляют в соответствии с директивами плановых органов различные государственные предприятия, кооперативы или колхозы. Рассмотрим, как государственные предприятия, производящие индустриальную продукцию

СССР, осуществляют свою деятельность.

Здесь господствует принцип планирования. Государственные предприятия существуют только и исключительно для того, чтобы выполнять план развития народного хозяйства, принятый Верховным Советом СССР. Они должны осуществлять все то, что необходимо для реализации плана, и, наоборот, не делать ничего, что не находится в соответствии с планом. Предприятие, которое, согласно плановому заданию, обязано произвести столько-то километров рельсов, должно выполнить именно это задание. Оно не может произвести вместо этих рельсов металлические трубы или балки, ссылаясь на то, что это удобнее для предприятия. Каждый должен придерживаться предусмотренных задач.

255. Социалистическое планирование и буржуазный дирижизм. "Строгое" планирование при социализме не имеет ничего общего с "гибким" планированием в социалистических странах. Во Франции или в других буржуазных странах может существовать план национального развития, который влечет за собой определенный дирижизм. Но этот план представляет собой не более чем провозглашение тех целей, которые правительство считает желательными. Правительство, если оно действительно хочет осуществить эти цели, должно предпринять разного рода меры, как-то: льготы в отношении кредитов, предоставление субсидий, разного рода таможенные мероприятия, обеспечение рабочей силой и т. д. Желаемых целей стремятся добиваться, сделав выгодным для частных предприятий участие в плане. В то же время план не налагает на предприятия никаких точных обязательств. Он не обязывает их действовать так-то и производить такую-то продукцию. В СССР дело обстоит по-другому. Здесь все средства производства стали общенародной Собственностью. Промышленные и торговые предприятия представляют собой государственные предприятия. В этих условиях планирование принимает иной характер. Издаются акты управления, которые в конкретной форме указывают каждому государственному предприятию, какое задание возлагается на него планом. Если каждое из этих предприятий выполнит это задание, будут осуществлены цели плана.

256. Планируемые и непланируемые договоры. Чтобы понять, что такое договор в обобществленном секторе советской экономики, нужно исходить из того факта первостепенной важности, что задачи, которые должно выполнить предприятие, заранее, еще до возникновения договора определяются плановым актом управления. Этот акт является в некотором роде основанием (cause) последующего договора.

Роль договора можно правильно понять, лишь рассматривая его в

тесной связи с актом управления. В зависимости от периода или от отрасли экономики этот акт может быть в большей или меньшей степени императивен, более или менее детален. Роль договора изменяется в зависимости от характера и содержания акта управления, который является его основой.

Плановые акты управления могут быть весьма детальными и определять, какая продукция должна быть поставлена, по какой цене, в какие сроки и между какими предприятиями должен заключаться договор. Этот договор в данном случае имеет скорее психологическое, чем экономическое, значение; он показывает, что обязательства, вытекающие из планового акта управления, хорошо поняты теми, на кого они возлагаются. Подписывая договор, предопределенный планом, стороны подтверждают, что считают эти обязательства целиком выполнимыми, и берут на себя ответственность за исполнение договора, который воспроизводит содержание планового акта управления.

Однако случаи, когда роль договора ограничивается сказанным выше, являются исключением. Плановые акты управления, как правило, не входят в детали. Они оставляют широкое поле инициативе предприятий. Поэтому договор в СССР призван играть более важную роль в экономическом отношении. В данной связи следует различать два вида договоров, а именно плановые и внеплановые договоры, если пользоваться советской терминологией.

257. Юридически предустановленный договор. В первом случае плановый акт управления точно устанавливает, между какими предприятиями должен быть заключен договор. Этот акт предписывает предприятию А вступить в договорные отношения с предприятием Б. Перед нами случай, о котором уже говорилось выше. Однако тогда мы предполагали, что все содержание подлежащего заключению договора предопределено этим актом. В действительности же в большинстве случаев дело обстоит не так. От сторон требуется, чтобы они конкретизировали в договоре обязательства, налагаемые на них планом. Количество подлежащей поставке продукции и ее цена, как правило, определяются самим плановым актом. Для многих видов продукции существуют "Общие условия поставки", издаваемые органами управления и содержащие условия по преимуществу императивного характера, подлежащие включению в договор. Тем не менее существует еще целый ряд практически важных вопросов, в отношении которых опыт подсказал, что лучшим способом их решения является прямое согласование заинтересованных сторон. Договор определяет качество и ассортимент,

упаковку, последовательность поставок и т. д. Торговое предприятие знает лучше, чем органы управления, потребности и пожелания граждан, фасон обуви, пользующейся спросом, предпочитаемую расцветку тканей и т. д. Строительное предприятие также знает лучше, чем органы управления, необходимые размеры досок, труб и других требующихся ему материалов. В огромном большинстве случаев польза договора состоит в том, что он конкретизирует содержание плана в целях улучшения качества производимых работ или поставляемых материалов.

258. Экономически необходимый договор. Рассмотрим другой случай, когда плановый акт не устанавливает как для предприятия А, так и для предприятия Б обязанности заключить договор. Он ограничивается тем, что возлагает на эти предприятия выполнение определенного задания, предоставляя им самим выбор средств для его достижения. Обязанность вступить в договорные отношения в большинстве таких случаев вытекает, хотя и не прямо, также из необходимости выполнить задания, предусмотренные плановым актом. Но этот последний уже не определяет, между кем должен быть заключен договор. Плановый акт предоставляет предприятию выбор своего контрагента. Такой выбор, разумеется, ограничен, тем более что советское предприятие может, если иное прямо не предусмотрено, обратиться лишь к другому советскому предприятию, причем предложение, с которым оно обращается, не должно выходить за рамки деятельности, установленные планом для этого второго предприятия. Тем не менее в этом случае можно говорить о некотором сходстве со свободой договора в том виде, как она признана в буржуазных странах. Различие, по существу, продолжает, однако, оставаться, ибо точная задача, которую призван выполнить договор, зафиксирована в плановых актах управления, адресованных каждому предприятию. План не ограничивается только указанием, какова в общем на определенный период экономическая политика правительства.

Современная тенденция в СССР -- это развитие изложенной выше практики, стремление предоставить предприятию во всех случаях, когда это возможно, выбор им своего контрагента. Назначение органами управления сторон договора становится все более редким и делается лишь в особых случаях, например когда одна из сторон занимает монопольную позицию, как это имеет место при поставках таких видов сырья, как нефть, железо, каменный уголь и т. д. Предоставление предприятиям права выбора контрагента связано со стремлением стимулировать тем самым обе стороны, выявить плохо управляемые предприятия, сделать договор не только средством исполнения плана, но и помощником при его

составлении. (Таким путем стремятся далее избежать выпуска продукции, не удовлетворяющей потребителя, так как нередко на складах залеживается нереализуемая продукция.) Однако придать договору такую роль сложно, ибо это в какой-то мере означало бы возврат к рыночной экономике, но при сохранении основополагающего для советской экономики принципа централизованного планирования. Неясно, в какой степени удастся сочетать в СССР эти два противостоящих принципа.

259. Роль договора. Сказанное выше раскрывает роль договора в советской экономике. Она весьма отличается от роли договора в буржуазной экономике и тогда, когда эта экономика становится дирижистской. Договор в СССР существует лишь для того, чтобы обеспечить выполнение плана, и выступает как подчиненный ему инструмент. Договор в несоциалистических странах, наоборот, полностью автономен, и именно на нем основывается в первую очередь сам механизм экономики. План в этих странах, если он вообще существует, представляет собой документ политического порядка; он не обладает юридической силой, необходимой для установления взаимоотношений между предприятиями, как это имеет место в Советском Союзе. Из указанного различия в роли договора и в соотношении плана и договора проистекают и различия юридико-технического порядка, разная регламентация договора в Советском Союзе и буржуазных странах. Это можно увидеть при рассмотрении таких вопросов, как порядок заключения договора, его исполнение, последствия неисполнения договора.

260. Заключение договора. Рассмотрим прежде всего, как заключаются договоры. Процесс заключения договора происходит по-разному в каждом из двух рассмотренных выше случаев. Если плановый акт устанавливает необходимость договорных отношений между предприятием А и предприятием Б, то заключение договора для них обязательно. Если предприятия откажутся заключать договор на условиях (и прежде всего на условиях о сроке), предусмотренных плановым актом, то тем не менее решением арбитража их обяжут это сделать. Органы арбитража знают особое разбирательство преддоговорных споров. Однако в современный период намечается уменьшение количества преддоговорных споров, что обусловлено тенденцией использования более гибких форм планирования, предоставляющих предприятию выбор контрагентов. В этом случае при отказе предприятия вступить в договор обращение к арбитражу, разумеется, невозможно.

261. Исполнение договора. Советское законодательство и вопросах исполнения договора и последствий неисполнения существенно отходит от

позиций буржуазного права. Поскольку последнее видит в договоре просто стоимость определенного имущества и возможность получения прибыли сторонами, то оно в случае неисполнения охотно допускает эквивалент исполнения договора, а именно: неисполнившая сторона обязуется уплатить своему контрагенту убытки.

Иная позиция у советского права. С точки зрения советского права эквивалент исполнения договорного обязательства не может удовлетворить социалистическое предприятие, поскольку цель последнего не сводится к получению прибыли. Основная цель -- это выполнение , плана, которое зависит от реального исполнения договоров. Позиция советского права тем более справедлива, что в условиях советской экономики предприятие не может зачастую найти замену неисполненному и не имеет возможности просить какое-то новое предприятие поставить ему то, чего не сделал его контрагент.

Таким образом, в СССР признан принцип реального исполнения, причем не только в теории, как это имеет место в странах романской правовой системы, но и на практике. Поскольку в данном случае речь идет о такой первостепенной и важной вещи, как выполнение плана, к проблеме исполнения договорных обязательств в СССР относятся чрезвычайно строго. Всякое неисполнение планового договора сопровождается суровыми санкциями. Сам договор в обязательном порядке должен предусматривать штрафные санкции, которые в случае просрочки взыскиваются дополнительно к реальному исполнению. Неустойка в советском праве -- это не заранее исчисленные убытки. Это особый штраф, который взыскивается дополнительно к исполнению обязательства'. Сторона в договоре не может освободить своего контрагента от его исполнения. Это было бы соглашением в ущерб третьему лицу, то есть соглашением, которое противоречило бы точному исполнению плана и потому неприемлемо для советского права. Неисполнение договорных обязательств может, кроме того, повлечь за собой применение дисциплинарных и даже уголовных санкций. В СССР исполнение договоров как составная часть выполнения плана -- область публичного порядка.

262. Заключение. Что же остается общего между договором советского права и договором буржуазного права? Сохранен термин, и иногда за ним может скрываться даже сходный фактический состав. Договоры, которые возникают "вне плана",-- между торговыми предприятиями и потребителями, между гражданами -довольно близки к договорам, принятым в буржуазных странах. Как бы ни важны были эти договоры

(ими замыкается в конечном итоге механизм экономики), практически не они интересуют юриста. По большей части это простые договоры быденной жизни, которые не порождают юридических сложностей. Привлекают к себе внимание договоры в сфере плана. Регламентация и даже само понятие этих договоров полностью обновлены в результате неизвестного несоциалистическим странам особого характера связи, которая существует между договорами и планом. Недостаточно, как мы пытались это делать, называть эти договоры административными. Они действительно больше похожи на договоры административного права, чем на договоры гражданского и торгового права, применяемые в несоциалистических странах. Однако существенные различия отделяют договоры в СССР от всех видов договоров, встречающихся в несоциалистических странах. Это связано с обобществлением средств производства, наличием и особенностями советского плана, отсутствием взаимоисключающих интересов между договаривающимися сторонами. Следует откровенно признать полную оригинальность советского права в рассматриваемой области. Часть третья ОБЩЕЕ ПРАВО

266. Историческое значение английского права. Система общего права была создана в Англии после нормандского завоевания главным образом в процессе деятельности королевских судов. Семья общего права включает, кроме английского права, которое было ее основой, правовые системы всех, за некоторыми исключениями, стран английского языка. Влияние общего права было значительным также во многих, если не во всех, странах, которые политически были связаны с Англией. Эти страны могли сохранить в ряде сфер свои собственные традиции, институты и концепции, но английское влияние наложило тем не менее глубокий отпечаток на мышление юристов этих стран хотя бы в силу того факта, что административные и судебные органы, с одной стороны, и судебный процесс и система доказательств -- с другой, построены и регулируются в них по модели английского права.

Изучение общего права должно начинаться с изучения английского права. Общее право -- это система, несущая на себе глубокий отпечаток его истории, а эта история до XVIII века -- исключительно история английского права. Данное обстоятельство является определяющим, даже если учесть, что некоторые правовые системы, такие, например, как правовая система США, в настоящее время глубоко отличаются от английского права и что в других странах, как, например, в Индии или Судане, право лишь частично подверглось английскому влиянию, оставшись в сфере "личного статуса" верным своим традициям.

В связи с ограниченными возможностями мы в этой части нашей книги рассмотрим лишь английское право и право США. Право Индии и право Пакистана будут рассмотрены в следующей, четвертой части.

#### Раздел первый АНГЛИЙСКОЕ ПРАВО

267. Географические пределы. Строго говоря, сфера применения английского права ограничивается Англией и Уэльсом. Оно не является ни правом Соединенного Королевства, ни правом Великобритании, так как Северная Ирландия, Шотландия, острова Ла-Манша и остров Мэн не подчиняются английскому праву. Поэтому от термина "британское право" нужно отказаться. Следует видеть различие между узкой концепцией английского права, рассматриваемого как свод юридически обязательных норм, и универсальностью этого права, понимаемого как модель для значительной части человечества. Английское право действительно занимает доминирующее место в семье общего права. И не только в самой Англии, где исторически сложилось общее право, но и во многих других странах английское право продолжает быть моделью, от которой, конечно, можно отклоняться в ряде вопросов, но которая в целом принимается во внимание и почитается. Глава 1. ИСТОРИЯ АНГЛИЙСКОГО ПРАВА

268. Исторический характер английского права. При изучении английского права знание истории еще более необходимо, чем при изучении французского права. Английское право не знало, как мы это увидим, обновления ни на базе римского права, ни в силу кодификаций, что характерно для французского права и для других правовых систем романо-германской правовой семьи. Оно развивалось автономным путем, контакты с Европейским континентом оказали на него лишь незначительное влияние. Английский юрист, преуменьшая значение преемственности в развитии европейских правовых систем и ошибочно' трактуя кодификацию как разрыв с традициями, любит подчеркивать историческую преемственность своего права. Ему кажется, что это право -- продукт длительной эволюции, которая не осложнялась никакими революционными волнениями; он гордится этим обстоятельством и не без оснований рассматривает его как доказательство великой мудрости общего права, его способности приспособляться к меняющимся условиям, его непреходящей ценности, а также как доказательство аналогичных качеств английских юристов и вообще англичан.

Не следует преувеличивать этот "исторический" характер английского права. Англичане любят подчеркивать его, подобно тому как французы склонны говорить о рациональности и логичности своего права. На самом деле роль традиций и рационализма в становлении и развитии того и

другого права не столь уж различна, так как французское право, как и английское, должно было приспособляться к изменениям и учитывать нужды общества, которые всегда были и остаются, в общем, очень сходными. Революции были скорее преходящими эпизодами в длительной эволюции французского права.

В истории английского права можно выделить четыре основных периода. Первый период предшествовал нормандскому завоеванию 1066 года; второй, от 1066 года до установления династии Тюдоров (1485 год), -- период становления общего права, когда оно утверждается, преодолевая сопротивление местных обычаев. Условия этого периода оказали на правовую систему влияние, ощущаемое еще и в настоящее время. Третий период, с 1485 до 1832 года, -- расцвет общего права; однако оно вынуждено было пойти на компромисс с дополнительной правовой системой, что нашло свое выражение в "нормах справедливости". Четвертый период -- с 1832 года и до наших дней, когда общее право встретилось с невиданным развитием законодательства и должно было приспособиться к обществу, где постоянно усиливается значение государственной администрации.

Отдел I. Англосаксонский период

269. Законы варваров. Есть дата, которая является основополагающей в истории английского права, как и в истории самой Англии и Европы: это 1066 год, когда Англия была завоевана нормандцами.

Период, предшествовавший этой дате, в Англии называют периодом англосаксонского права. Римское господство, хотя оно и длилось в Англии четыре столетия -- от императора Клавдия до начала V века, -- оставило в Англии не больше следов, чем кельтский период во Франции или иберийский период в Испании. Для историков английского права история права начинается с эпохи, когда римское господство прекратилось и различные племена германского происхождения -- саксы, англ, юты, датчане -- возобладали в Англии. Именно в эту эпоху Англия была обращена в христианство миссией святого Августина Кентерберийского (596 год).

Право англосаксонской эпохи малоизвестно'. После обращения в христианство законы составлялись так же, как и в континентальной Европе, с тем лишь отличием, что писались они не на латыни, а на англосаксонском языке. Как и другие варварские законы, они регулировали только очень ограниченные аспекты тех общественных отношений, на которые распространяется современная концепция права. Законы Этельберта, составленные около 600 года, включают всего 90 коротких фраз. Законы датского короля Канута (1017--1035 годы), составленные

четырьмя веками позже, гораздо более разработаны и знаменуют уже переход от эры общинно-племенной к феодализму. Персональный принцип уступает место, как и во Франции, территориальному, но действующее право остается сугубо местным, хотя страна и была подчинена единому суверену. До нормандского завоевания не было права, общего для всей Англии. Отдел 11. Становление общего права (1066--1485 годы)

270. Нормандское завоевание (1066 год). Само по себе нормандское завоевание не изменило существовавшего положения. Вильгельм Завоеватель (как неудачно его называют) претендовал на господство в Англии на основании наследственных титулов, а не в силу права завоевателя. Он специально заявил о сохранении действия англосаксонского права, и мы увидим, что до наших дней английские юристы и судьи в ряде случаев упоминают и даже применяют тот или иной закон англосаксонской эпохи.

Однако нормандское завоевание -- серьезнейшее событие в истории английского права, так как оно принесло в Англию вместе с иностранной оккупацией сильную централизованную власть, богатую опытом административного управления, испытанного в герцогстве Нормандия. С нормандским завоеванием общинно-племенная эпоха кончилась: в Англии установился феодализм.

271. Феодализм в Англии. Английский феодализм очень отличается от феодализма, существовавшего в эту же эпоху во Франции, в Германии или в Италии. Нормандские сеньоры, последовавшие за Вильгельмом в Англию, очутились в побежденной стране, которой они не знали, а нравы и население которой презирали. Они почувствовали необходимость сгруппироваться вокруг своего господина, чтобы защитить свои завоевания и свою собственность. Завоеватель сумел избежать опасности, которую представляли для него слишком мощные вассалы: при распределении земель, которые он раздавал своим соратникам, он не создал ни одного крупного феода, и поэтому ни один "барон" не мог соперничать с ним. В 1290 году был принят закон ("Quia emptores"), по которому только король мог жаловать земли, что еще раз подтвердило прямую зависимость феодалов от короля. Дух организации и дисциплины выразился в создании в 1086 году "Книги страшного суда", в которую было занесено 15 000 поместий (manors) и 200 000 дворов, существовавших тогда в Англии. Дух военной организованности и дисциплины, характерный, в отличие от Европейского континента, для английского феодализма, отразился и на развитии общего права.

272. Определение общего права. Что же такое это общее право,

называвшееся *comune leu* на нормандском жаргоне, который с царства Эдуарда I (1272 -- 1307 годы) до XVII века был разговорным языком для юристов Англии, тогда как письменностью, как и в остальной Европе, была латынь? *Comune lea*, или общее право, в противовес местным обычаям -- это право, общее для всей Англии. В 1066 году оно еще не существовало. Собрание свободных людей, называемое Судом графства (*County Court*), и его подразделение Суд сотни (*Hundred Court*) осуществляли в тот период правосудие на основе местных обычаев в условиях строжайшего формализма и используя способы доказательств, которые вряд ли можно назвать рациональными. После завоевания суды графств и суды сотен были постепенно заменены феодальной юрисдикцией нового типа (суды баронов, мэнорские суды и т. п.), которые судили также на основе обычного права сугубо локального характера. В сфере действия церковной юрисдикции, созданной после завоевания, применялось каноническое право, общее для всего христианства. Общее право.-- право английское и общее для всей Англии, было создано исключительно королевскими судами, называвшимися обычно Вестминстерскими -- по месту, где они заседали начиная с XIII века.

273. Компетенция королевских судов. После нормандского завоевания королевские суды в Англии не имели универсальной компетенции. Споры передавались, как правило, в различные перечисленные ранее суды. Король осуществлял только "высший суд". Он вмешивался в споры в исключительных случаях: если существовала угроза миру в королевстве или если обстоятельства дела были таковы, что его нельзя было разрешить в обычном порядке. Суд, где король решал дела с помощью своих приближенных (*Curia regis*),--это, по существу, суд особо знатных людей и особо крупных дел, а не обычный суд, доступный каждому.

В рамках Курии в XIII веке сложились автономные образования, в том числе наделенные судебной компетенцией комиссии с постоянным местопребыванием в Вестминстере. Компетенция этих судов была ограничена, они должны были считаться с сеньорами, которые хотели быть хозяевами у себя дома и вовсе не выражали готовности подчиняться судебным вердиктам. Вмешательство королевской власти в дела сеньоров и их подданных казалось сеньорам невозможным и противоречащим естественному порядку вещей, подобно тому как в наше время собственники считают меры государственного вмешательства или национализацию противоречащими священному, по их мнению, праву собственности. Королевские суды, наконец, не могли даже осуществлять правосудие в качестве апелляционной инстанции по всем спорам,

возникающим в королевстве. Вмешательство этих судов ограничивалось главным образом тремя категориями дел: делами, затрагивающими королевские финансы, делами, касающимися земельной собственности и недвижимости, тяжкими уголовными преступлениями, затрагивающими мир в королевстве. В судебных органах (Суде казначейства. Суде общегражданских исков и Суде королевской скамьи) сначала рассматривались только определенные дела из указанных трех категорий, но вскоре это разделение компетенции отпало и каждый из трех королевских судов Вестминстера мог рассматривать все дела, подпадающие под королевскую юрисдикцию.

Все остальные дела, кроме упомянутых трех категорий, по-прежнему разрешались вне королевской юрисдикции судом графства или судом сотни, феодальными и церковными судами, а позднее в соответствующих случаях и различными коммерческими судами, которым право отправлять правосудие было предоставлено в связи с проведением различных ярмарок и торгов и которые применяли международное торговое право -- *lex mercatoria*, или *ley merchant*.

274. Расширение компетенции королевских судов. Канцлер и королевские судьи были заинтересованы в том, чтобы увеличить упомянутый список предписаний, учитывая доходы, которые они получали за рассмотрение дел. С другой стороны, король стремился укрепить свою власть и расширить свои судебные полномочия в государстве.

К расширению компетенции королевские суды толкало и всевозрастающее число обращений к ней частных лиц, ставивших королевскую юрисдикцию выше всякой другой. Ведь только королевские суды могли реально обеспечить явку свидетелей в суд и исполнение вынесенных решений. И только король и церковь могли обязать своих подданных принести присягу. Это давало королевским судам возможность модернизировать судебную процедуру, доверив решение спора жюри, в то время как другие судебные инстанции были обречены использовать архаическую систему доказательств.

В силу всех этих причин королевские суды расширяли свою юрисдикцию и в конце средних веков стали единственным органом правосудия. Сеньоральные суды постигла та же участь, что и суды сотни, на долю муниципальных и торговых судов осталось немного малозначительных дел, а церковные суды рассматривали лишь споры, связанные со святостью брака или дисциплинарными проступками священнослужителей.

275. Способ обращения в королевские суды. Вплоть до XIX века

королевские суды, однако, не стали тем, что во Франции называют "судами общей юрисдикции". Теоретически до 1875 года они обладали исключительной юрисдикцией. Частные лица не имели права обращаться в эту судебную инстанцию. Они должны были просить о предоставлении им такой привилегии, что королевская власть делала лишь при наличии достаточных оснований.

Обычно тот, кто просил о такой привилегии, обращался к канцлеру - высшему должностному лицу Короны -- и просил о выдаче предписания (writ) суду рассмотреть дело при условии оплаты канцлеру судебных издержек. Кроме того, можно было обратиться с жалобой (querela, billa) прямо в суд. Некоторые предписания были простым отражением судебной практики, основанной на жалобах'.

Получить предписание канцлера или прямое согласие суда принять дело к рассмотрению было не так просто. Королевская власть в XIII веке была не столь либеральна, чтобы канцлер легко мог сам выдать предписание или судьи могли согласиться рассматривать дело в любом случае.

Долгое время этому предшествовал тщательный учет обстоятельств дела, и перечень случаев, когда выдавались предписания, расширялся очень медленно. Их насчитывалось всего 56, когда в 1227 году составили их первый список для судей, и 76 -- в 1832 году, когда была проведена большая судебная реформа.

Однако расширение компетенции королевских судов не связано только с увеличением перечня оснований исков. Оно не находится также и в прямой зависимости от закона, именуемого Вторым Вестминстерским статутом (1285 год), который уполномочил канцлера выдавать предписания "в случае подобия" ("in consimili casu"), то есть тогда, когда ситуация была весьма сходна со служившей основанием для выдачи предписания. Для расширения компетенции королевских судов была использована другая техника. Истец в специальном предварительном документе--декларации детально излагал фактические обстоятельства дела и просил королевских судей, учтя эти факты, принять спор к рассмотрению. Эти новые иски, при которых суды сами признавали свою компетенцию, получили название исков *super casum*.. Со временем круг данных исков расширился и они получили разные специальные названия в зависимости от фактических обстоятельств, обусловивших их судебное рассмотрение: иски о возмещении вреда вследствие неисполнения обязательств, иск о прекращении незаконного владения и т. д.

276. Судебная защита предшествует праву. Процессуальные формы в

королевских судах в Вестминстере варьировались в зависимости от вида иска. Каждому из них соответствовала определенная процедура, определявшая последовательность процессуальных актов, представительство сторон, порядок представления доказательств, способ исполнения решений. Было бы фатальной ошибкой именовать истца и ответчика в каком-то процессе так же, как это установлено для процедуры, но по искам иных видов. Для рассмотрения одних видов исков требовалось жюри, для других оно было не нужно, но допускалось такое доказательство, как присяга (иск отклонялся, если определенное число "свидетелей" под присягой заявляли, что ответчик заслуживает доверия). При одних исках дело могло быть решено в отсутствие ответчика, а при других - нет. Все эти различия сохранялись и тогда, когда дело рассматривалось на основании иска *in consimili casu*, поскольку в каждом конкретном случае применялась процедура, принятая для сходного иска, подпадающего под перечень предписаний. Наиболее часто использовалась процедура, установленная для иска о правонарушении (*trespass*)<sup>1</sup>.

Естественно, что при этих условиях первенствующая роль оказалась отведенной процессу. На континенте юристы уделяли основное внимание установлению прав и обязанностей субъектов (норм материального права). Английские юристы были сосредоточены на вопросах процедуры.

Средства судебной защиты предшествуют праву: процедура прежде всего. С самого начала общее право сводилось к определенному числу процессуальных форм (видов исков), в рамках которых можно было получить решение, но никогда нельзя было точно знать заранее, каким оно будет! Основная проблема состояла в том, чтобы королевский суд принял дело к рассмотрению, а затем уже довел его до конца сквозь дебри формализованной процедуры. Каково будет решение? На этот вопрос нельзя было дать сколько-нибудь точный ответ. Общее право лишь медленно и постепенно шло к выработке норм, определяющих права и обязанности каждого.

277. Современное значение исторических факторов. Условия, в которых формировалось общее право, представляют не только чисто теоретический интерес. По меньшей мере в четырех аспектах они в течение длительного времени сказывались на английском праве, в котором еще и сегодня можно обнаружить их влияние. Исторические факторы привели, во-первых, к тому, что английские юристы сосредоточивали свое внимание на процессе. Во-вторых, они определили многие категории английского права, повлияли на его понятийный фонд. В-третьих, благодаря этим факторам английское право не знает деления на публичное и частное. И в-

четвертых, они воспрепятствовали рецепции категорий и понятий римского права. Рассмотрим более подробно все эти четыре аспекта.

278. Внимание на процессе. До XIX века для английских юристов важно было думать не о том, какое решение, по их мнению справедливое, должно быть вынесено по делу, а сконцентрировать свое внимание на различных процессуальных в высшей степени формализованных действиях по конкретным видам исков. Все эти процессуальные действия вели к одной цели, а именно: сформулировать те вопросы, которые будут поставлены перед жюри. Не следует забывать, что еще в 1856 году все иски в судах общего права рассматривались с участием жюри. Таким образом развитие английского права отразило глубокое и преобладающее влияние процессуальных факторов. Английское право можно было упорядочивать и развивать только в рамках процессуальных форм, предоставленных королевскими судами в распоряжение тяжущихся сторон. Это право, по формуле Г. Мэна, "заключено в узкое русло процесса". Оно -конгломерат процессуальных форм, призванных обеспечить решение споров, число и виды которых все более увеличивались. Излагая английское право и его принципы, автор XII века Глэнвилл (1187--1189 годы), а затем автор XIII века Брэктон (1250 год) описали последовательно (на латыни) предписания, посредством которых можно было обратиться в Вестминстерские суды. Юридические хроники, написанные по-французски и известные под названием Ежегодников, знакомят нас с английским правом периода 1290--1536 годов, концентрируя свое внимание на процедуре и часто забывая сообщить о решении, принятом по существу спора.

279. Примеры из договорного права. Для иллюстрации изложенного рассмотрим историю договорного права<sup>3</sup>. В XIII веке, то есть в то время, когда был принят Второй Вестминстерский статут, договоры подпадали под юрисдикцию, и церковную, и муниципальную, и торговую. Вестминстерские суды не рассматривали таких дел, за исключением двух случаев, которые, по правде говоря, были скорее связаны с правом собственности. Глэнвилл в конце XII века просто-напросто объявил: "Частные соглашения, как правило, не охраняются судами нашего короля". Не было никаких предписаний, никакой процедуры, касающихся договоров, на основании которых можно было бы обратиться в королевский суд. Как же выйти из положения?

Сначала в некоторых случаях прибегали к понятию собственности. Наниматель, займополучатель, хранитель, перевозчик оказывались в сфере судебной компетенции не в силу взятых ими на себя обязательств, а по тому фактическому обстоятельству, что они без должных оснований

удерживают у себя вещь, принадлежащую другому лицу. Для этой ситуации существовал особый иск (writ of detinue). В других случаях обязанность выполнить обещанное обосновывалась формой взятого обязательства. Имелся иск о возврате долга (writ of debt), возможный при наличии формального документа абстрактного характера, из которого явствовало лишь, что данное лицо является должником. При этом не интересовались вопросом о том, стоит ли за этой долговой распиской реальное соглашение.

Однако оба названных иска не покрывали все встречающиеся ситуации, а предусмотренная ими процедура была неудовлетворительной. Поэтому юристы искали другие пути более широкого охвата договорного права. И такое средство они нашли в конце концов в иске, именуемом trespass. Это иск о правонарушении деликтного характера, имевший в виду противоправное посягательство на личность, землю или имущество истца. Все это не имеет ничего общего с договором. Однако тяжущиеся старались убедить суд, что при некоторых обстоятельствах, когда взятое лицом обязательство не было исполнено, можно рассматривать это таким образом, как будто имел место деликт.

Королевские суды постепенно восприняли этот подход. Сначала они применяли его тогда, когда одна из сторон при исполнении договора совершила действие, причинившее ущерб персоне или имуществу своего контрагента (misfeasance). Однако прошло более века, прежде чем наряду с делами такого рода суды стали рассматривать и случаи, когда взявший на себя обязательство по договору явно не исполняет его (неисполнение обязательств -- по-английски nonfeasance). В дальнейшем под сферу действия иска подпали и те случаи, когда заключалось особое соглашение об исполнении обязательств (assumpsit -принятие на себя). Важной победой явилось решение 1602 года, которое установило, что такого рода соглашение подразумевается само собой, когда имеется обязательственное отношение. Потребовалось еще много времени и усилий, прежде чем иск assumpsit, возникший из деликтного иска, освободился от правил, связанных с его деликтным происхождением, как-то: недопустимости уступки требования, необходимости установить строго определенным способом сумму ущерба, причиненного неисполнением, и др.

280. Категории и понятия английского права. Формы исков были ликвидированы более ста лет назад, а нормы и категории английского права до сих пор в ряде случаев несут на себе отпечаток тех препятствий, которые благодаря процессуальным формам противостояли рациональному развитию институтов. "Мы ликвидировали формы иска,-- сказал известный специалист по истории английского права Мэтланд,-- но они правят нами

из своих могил".

И это действительно так. Вернемся снова к договорному праву и обратим внимание на то обстоятельство, что общее право не знало других санкций за неисполнение договорных обязательств, кроме возмещения ущерба, поскольку иск "о принятии на себя", возникший, как мы говорили, на базе деликтного иска, мог привести только к возмещению ущерба. Кроме того, английское понятие договора включает, с точки зрения английских юристов, только те договоры, которые до середины XIX века защищались иском "о принятии на себя": оно не охватывает ни так называемых безвозмездных договоров, ни договоров, направленных на реституцию вещи, собственником которой оставался истец (хранения, ссуды, перевозки, то есть когда истец передал вещь другому), ни отдельные виды соглашений, которые английское право рассматривает как "доверительную собственность" (trust).

В сфере внедоговорной ответственности (law of torts) влияние прошлого еще сильнее. Английское право не знает общего принципа, который связывает деликтную ответственность с виной. Оно оперирует отдельными видами гражданских правонарушений, как-то: нарушение владения, злобредность, клевета и т. д. Некоторые из этих видов соответствуют древним предписаниям, другие -- более позднего происхождения. Самое же главное -- в том, что английские юристы с большим трудом освобождаются от привычки мыслить формулами старых процедур. Общий принцип деликтной ответственности воспринимается с большим трудом, пробивая себе дорогу в виде специального деликта (negligence), причем наряду с этим принципом сохраняется определенное количество особых регламентации внедоговорных правонарушений.

281. Исчезновение частного права. Суды, для которых существовал единственный интерес -- интерес королевства и Короны,-- получили в Англии самую полную юрисдикцию. Суды, рассматривавшие споры частного права, исчезли, а вместе с ними исчезло в Англии и само понятие частного права. Все тяжбы, подсудные королевской юстиции, рассматривались в стране как своеобразные споры публично-правового характера.

Публичный аспект в английском праве проявлялся и в специфической технике предписаний, по которым обращались с иском в королевский суд. Предписание представляло собой не просто разрешение действовать, данное истцу. С технической стороны оно являлось как бы приказом короля своим чиновникам предложить ответчику не нарушать права и удовлетворить требование истца. Если ответчик отказывался повиноваться,

истец предъявлял к нему иск. Этот иск рассматривался королевским судом не столько потому, что ответчик возражал против притязаний истца, сколько в связи с его неповиновением приказу властей. Английский судебный процесс -- это публичное право, а не частное. Он напоминает рассмотрение спора об отмене административного акта во французском праве. Речь идет о том, с достаточным ли основанием был выдан административный акт (предписание), исходящий из королевской канцелярии, должен ли быть поддержан приказ, который эта канцелярия дала ответчику. В отличие от спора об отмене административного акта по французскому праву по английскому праву дело возбуждает не тот, кому административный акт наносит ущерб, а тот, кто получил этот акт и хочет реализовать его, вчинив иск.

282. Невозможность восприятия римского права. В континентальной Европе традиционно сложившиеся суды в отличие от Англии сохранились, хотя и подпадали под все большую зависимость от королевской власти. Призванные рассматривать все споры, они никогда не считали свою компетенцию ограниченной лишь определенными видами дел, каждый из которых требовал своей особой процессуальной формы. Свободные от такого рода ограничений суды могли без особых затруднений модернизировать процедуру рассмотрения дел, следуя каноническому праву и его модели письменного процесса. Обладая общей компетенцией, суды могли постоянно обращаться к проблеме справедливости и руководствоваться в этой связи римским правом.

Иной была ситуация в Англии. Вестминстерские суды были судами исключительной компетенции, причем для каждого вида подведомственных им дел существовала особая процедура их рассмотрения.

Строгость процедуры общего права, необходимость укладываться в традиционные рамки -- вот основные причины, помешавшие рецепции римского права в Англии и в ту эпоху, когда Вестминстерские суды, неограниченно расширив свою компетенцию, должны были часто решать споры, возникающие из отношений частного права в его чистом виде. Процессуальные формы, со многих точек зрения архаичные, типично английские, обязывали в каждом случае подогнать под них, как бы "натурализовать" положения, которые можно было позаимствовать из римского или канонического права. Сложность и техницизм этих форм были таковы, что изучить их можно было только в практике применения. Университетское образование, основанное на римском праве, могло помочь увидеть справедливое решение спора; но оно не помогало выиграть

процесс. Юристы и судьи Англии до наших дней воспитываются главным образом практикой. Университетское образование не столь необходимо для них, и в течение многих веков они часто обходились без него. Отдел III. Соперничество с правом справедливости (1485--1832 годы)

283. Склероз общего права. Выработанное в строгой зависимости от формальной процедуры, общее право было подвержено в силу этого двойной опасности: с одной стороны, оно могло не успевать в своем развитии за потребностями эпохи, а с другой -- ему угрожали консерватизм и рутинность судейского сословия. После своего блистательного расцвета в XIII веке общее право не избежало ни той, ни другой опасности. Оно оказалось перед риском образования новой правовой системы-соперницы, которая по истечении некоторого времени могла даже заменить собой общее право, подобно тому как в Риме античное гражданское право в классическую эпоху оказалось перед лицом его подмены преторским правом. Соперник, о котором идет речь,--это право справедливости (Law of Equity).

Ограниченная компетенция королевской юрисдикции могла еще быть терпима, когда наряду с судами общего права существовали другие суды, способные решать дела в тех случаях, когда этого нельзя было сделать средствами общего права. Упадок, а затем исчезновение всех этих других судов вызвали необходимость поисков новых коррективов, призванных восполнить пробелы общего права.

284. Обращение к королевской власти. Естественно, что в тех случаях, когда ограниченная компетенция Вестминстерских судов делала невозможным рассмотрение или разрешение спора, разочарованная сторона приходила к мысли, что у нее остается еще одна возможность добиться справедливости: обратиться непосредственно к королю -- источнику всех справедливостей и милостей. Королевские суды не занимались такого рода делами, но разве король не мог восполнить недостатки деятельности своих судов? Обращение к королю в средневековом мышлении -- вещь вполне естественная, и королевские суды вначале вовсе не возражали, когда стороны при необходимости прибегали к этому средству. В конечном счете сами королевские суды тоже были обязаны своим развитием именно этому принципу (обращению к королю, чтобы добиться справедливости).

Следовательно, начиная с XIV века частные лица, не имея возможности добиться решения в королевских судах или в случае недовольства решением, вынесенным по их делу, обращались к королю и просили его из милости вмешаться, "чтобы оказать милосердие по совести и по существу". Такое обращение обычно проходило через лорд-канцлера,

являвшегося исповедником короля и обязанного поэтому руководить его совестью. Если лорд-канцлер считал целесообразным, он передавал жалобу королю, и тот ставил ее на рассмотрение в своем совете.

Это обращение к прерогативе короля, имевшее первоначально под собой прочную основу и допускавшееся без возражений, пока оно носило исключительный характер, не преминуло, однако, повлечь за собой конфликт, как только оно приняло общий характер и превратилось в обычное обжалование решений судов или даже в способ полностью или частично обойти королевские суды.

Именно это и произошло в результате войны Алой и Белой Розы, которая затруднила королю возможность принимать решения в совете. Лорд-канцлер в XV веке становится все более и более автономным судьей, единолично решающим дела от имени короля и совета, делегировавших ему полномочия. С другой стороны, и тяжущиеся все чаще и чаще просят вмешательства лорд-канцлера из-за тех препятствий, которые процедура и рутина судей создали для нормального развития общего права.

Решения, первоначально принимавшиеся с учетом "справедливости в данном случае", стали систематически выноситься на основе применения доктрин "справедливости", представлявших собой добавления или коррективы к "правовым" принципам, применяемым королевскими судами.

285. Право справедливости при Тюдорах. Абсолютизм Тюдоров в XVI веке был основан на широком использовании королевской прерогативы. В области уголовного права знаменитая "звездная палата" представляла собой серьезную угрозу для свободы подданных, хотя вначале она была призвана лишь установить порядок после гражданской войны.

В области гражданских отношений юрисдикция справедливости лорд-канцлера, основанная также на королевской прерогативе, получила весьма широкое распространение. После 1529 года канцлер не был более ни духовником, ни исповедником короля. Он все чаще выступал как юрист и рассматривал жалобы, адресованные ему, как настоящий судья, но применял при этом письменную процедуру, заимствованную из канонического права и полностью отличавшуюся от процедуры судов общего права. Принципы, применяемые лорд-канцлером, также в значительной степени были заимствованы, по существу, из римского права и из канонического права; реципированные принципы гораздо больше, чем многие устаревающие нормы общего права, удовлетворяли чувство социального интереса и справедливости эпохи Возрождения. Заботясь о правосудии и справедливом его отправлении, правители Англии отдавали в тот период предпочтение юрисдикции лорд-канцлера.

Соображения политического порядка также способствовали этому. Используемые канцлером римское право и каноническое право, не знавшие института присяжных, больше нравились правителям, чем общее право, с его публичной и гласной процедурой. Правителям казалась предпочтительнее письменная тайная и инквизиционная процедура лорд-канцлера. Господствовало также мнение, что римское право, с его формулой "правитель изъят из действия закона", соответствует духу и установкам королевского абсолютизма. Могло, наконец, казаться более простым выработать совершенно новую систему права и отправления правосудия, чем осуществлять реформы общего права, ставшие к тому времени необходимыми. Таким образом, в XVI веке в результате деятельности лорд-канцлера и упадка общего права английское право чуть было не попало в семью правовых систем Европейского континента'.

Возникла серьезная угроза, что стороны не станут обращаться в суды общего права и эти суды полностью исчезнут, так же как три века назад исчезли суды сотен в результате того, что Вестминстерские суды предложили заинтересованным лицам более совершенные правовые формы. 286. Компромисс между общим правом и правом справедливости (1616 год). То, что ничего подобного в конце концов не произошло, объясняется различными причинами. Вероятно, сказались противоречия между судами и королевской властью. Суды общего права нашли союзника в лице парламента, который объединился с ними в борьбе против королевского абсолютизма. Плохая организация суда лорд-канцлера, его сложность и продажность также были использованы противниками. Революция, которая могла бы вернуть Англию в семью романских правовых систем, не произошла. В результате был достигнут компромисс: остались существовать при определенном равновесии сил и суды общего права, и суд лорд-канцлера.

Этот компромисс не вытекал ни из закона, ни из какого-либо формального решения, принятого королевской властью или судьями. Напротив, при решении в 1616 году очень острого конфликта, который столкнул суды общего права, представленные главным судьей Коком, лидером либеральной парламентской оппозиции, и юрисдикцию лорд-канцлера, король Яков I высказался в пользу канцлерского суда. Ситуация, однако, была очень сложной, и канцлеры оказались достаточно умными, чтобы не злоупотреблять своей победой. Они не хотели еще сильнее озлобить парламент, который к тому времени был больше заинтересован в прекращении деятельности другой прерогативы короля - "звездной палаты", -- чем в ликвидации права справедливости. Что же касается этого

права, то состоялось следующее молчаливое соглашение на базе status quo: юрисдикция лорд-канцлера продолжает существовать, но она не должна расширяться за счет судов общего права; канцлерский суд будет осуществлять юрисдикцию в соответствии с прецедентами права справедливости, сняв тем самым упрек в произвольном решении дел. Кроме того, было решено, что король не должен больше использовать свою судебную власть для создания новых судов, независимых от судов общего права. Вместе с тем менялась сама природа права справедливости. Лорд-канцлер как лицо политическое и судья не претендовал более на суд по законам морали и превращался все более и более в юриста'. С 1621 года был разрешен контроль палаты лордов за решениями суда канцлера. Суды общего права в этих новых условиях склонны были допускать вмешательство канцлера, если оно могло быть основано на прецеденте.

287. Дуалистическая структура английского права. По всем этим причинам английское право сохранило и до наших дней двойственную структуру. Наряду с нормами общего права, сложившимися в ходе деятельности Вестминстерских королевских судов, называвшихся также судами общего права, английское право включает и нормы права справедливости, вносящие дополнения или поправки в нормы общего права.

Характерно, что до 1875 года нормы справедливости применялись только специальным судом -- судом канцлера. Однако со временем эти нормы стали столь же строгими и столь же "юридическими", как и нормы общего права. Различия между ними стерлись. Английское право справедливости сначала представляло собой справедливость в том виде, как ее могли понимать в XV или XVI веке, и в той мере, в какой в эту эпоху лорд-канцлер мог придать ей эффективность.

Английские суды в наши дни весьма холодно относятся ко всем намекам на то, что они должны следовать примеру лорд-канцлера XV и XVI веков или же развивать новые концепции справедливости. Право справедливости трактуется ими как совокупность норм, которые исторически были призваны корректировать английское право, но представляют сегодня его неотъемлемую часть. Причины, которые в то время оправдывали деятельность лорд-канцлера, ныне не существуют. Парламент всегда готов вмешаться, если право в этом нуждается. Безопасность юридических отношений и приоритет права оказались бы под угрозой, если под предлогом справедливости судьи стали бы ставить под сомнение установленные нормы права. Английские судьи четко продемонстрировали в весьма ясных формулировках свою решимость не

вставить на этот путь.

288. Поглощение общим правом торгового права. XIII век, эпоха формирования общего права, и XVI век, эпоха развития права справедливости, - вот те рубежи, когда вырисовываются характерные черты структуры английского права. В XVII веке, после наступления права справедливости на общее право, и в XVIII веке английское право развивается вполне гармонично, без видимых конфликтов. Однако во второй половине XVIII века надо отметить одно очень существенное событие: поглощение торгового права общим правом. До этого времени торговое право рассматривалось в Англии как инородное тело, как право, международное по своей природе, применение которого распространялось только на купцов. Однако особая торговая юрисдикция прежних времен утратила с годами свой автономный характер. Эта эволюция в полной мере завершилась во второй половине XVIII века, когда в Англии произошла унификация того, что мы называем гражданским правом, и торгового права: последнее было интегрировано общим правом, институты торгового права перестали быть привилегией класса коммерсантов.

289. Доктрина и сборники судебной практики. Наиболее примечательные работы изучаемого нами периода -- это труд Литлтона о владении, написанный в конце XV века, и труд Кока "Институты английского права", опубликованный в 1628--1642 годах. Очень интересна также работа Фортескью "В похвалу законам Англии" (1470 год) и диалоги между приверженцем римского права и приверженцем общего права, опубликованные в 1523--1532 годах Сен-Жерменом под названием "Профессор и студент".

Кроме того, очень важны для изучения общего права сборники судебных решений (reports), заменившие старинные Ежегодники судебной практики, издание которых прекратилось в 1535 году. Эти сборники, излагавшие важнейшие приговоры и решения, и сегодня еще представляют практический интерес; они были переизданы с прекрасными таблицами в очень солидной серии English Reports.

В классическом труде Блэкстона -- "Комментарий к праву Англии" - описывается английское право второй половины XVIII века, то есть той эпохи, когда общее право находилось в апогее. Комментарий Блэкстона (1765-- 1769 годы), неоднократно переиздававшийся, можно сравнить с трудами Потье во Франции. Влияние комментария было довольно значительно в Англии и во всех странах английского языка, так как он устанавливал рамки английского права и облегчал, например для Соединенных Штатов Америки, распространение и рецепцию этого права.

#### Отдел IV. Современный период

290. Реформы XIX века. Подобно тому как это произошло в XIII и XVI веках, XIX и XX века также представляют в истории английского права период существенной трансформации'. Для этого периода характерны развитие идей демократии и под влиянием Бентама невиданное до сих пор развитие законодательства. В 1832, 1833, 1852 годах произошла радикальная реформа и модернизация права. До этого времени английское право развивалось в процессуальных рамках, представлявших собой различные формы исков. Освободившись от этих процедурных оков, английские юристы, как и их коллеги на континенте, отныне могли уделять гораздо больше внимания материальному праву, на базе которого и стали отныне систематизировать решения общего права.

В 1873--1875 годах организация судов также была значительно модифицирована. Акты о судеустройстве (Judicature Acts) ликвидировали формальное различие между судами общего права и канцлерскими судами справедливости. Все английские суды получили право применять и нормы общего права, и нормы права справедливости в отличие от прежде существовавшего положения, при котором надо было обращаться в суд общего права, чтобы получить решение по общему праву, а в канцлерский суд -- чтобы получить решение на основании норм права справедливости.

Что же касается материального права, то была проведена серьезная работа по расчистке (отмена фактически не действующих законов) и приведению норм в порядок (консолидация), освободившая английское право от архаических решений и во многих областях систематизировавшая его нормы. Реформы XIX века не лишили английское право его традиционных черт. Они не были адекватны кодификации на французский лад. Английское право по-прежнему развивалось судебной практикой. Законодатель открыл судам новые возможности и дал им новую ориентацию, но не создал сам нового права.

Ни один автор не пытается более повторить работу, проделанную в прошлом Глэнвиллом, Брэктоном, Коком или Блэкстоном, и описать все действующее право, весь правовой ансамбль, отражающий сложность отношений современной цивилизации. Основными источниками познания английского права стала теперь (в том, что касается судебной практики и законодательства) новая серия Low Reports (создана в 1865 году), а в области систематизации английского права -- Low of England, издаваемая под редакцией лорда Хэлсбори. \_ 291. XX век: общее право в эпоху "государства благоденствия". Модернизация, начавшаяся в XIX веке, продолжается и в наши дни, однако в несколько новой форме. Новое

течение социалистического плана, стремящееся построить общество на иных основах, заменило течение либеральное, господствовавшее до 1914 года. Общее право переживает в этой связи серьезный кризис, так как характерные для него в силу самой природы этого права формы (казуистические и основанные на судебной практике) плохо увязываются с новыми стремлениями осуществить быстрые и вместе "с тем глубокие изменения в обществе.

Законы и регламенты приобрели масштаб и значение, несравнимые с теми, что были раньше. Издание нормативных управленческих актов и их применение породили *bull*; ряд новых проблем, вызвав множество конфликтов между органами управления и гражданами. Наряду с судами, действующими на основе общего права, появилось немало других инстанций, призванных рассматривать дела, порожденные новыми законами. Стало очевидным, что традиционные суды будут захлестнуты потоком дел, если возложить лишь на них решение этих новых споров. В Англии сработали те же самые факторы, которые обусловили наличие во Франции и в других странах административной юстиции. В этой связи малосущественно то обстоятельство, что в Англии административные суды не сведены в особую иерархическую судебную систему. Важно то, что значительное число дел, не меньшее, чем то, которое попадает в ординарные суды, перенесено теперь в органы, где юристы работают вместе с неюристами и где вообще юристов может не быть, а также то, что эти дела рассматриваются и решаются в таком духе и при помощи таких методов, которые несвойственны общему праву.

Для решения проблем, стоящих перед "государством благоденствия", очевидно в большей мере, чем английское право, подготовлены романские системы Европейского континента, с их разработанными законодательством и доктриной. Здесь также намечается линия сближения между английским и континентальным правом. Это движение стимулируется потребностями международной торговли. Ему благоприятствует также более четкое осознание близости, которая существует у европейских стран, руководствующихся ценностями западной цивилизации. Новый импульс к этому сближению дало вступление Великобритании в 1972 году в Европейское экономическое сообщество. Мы еще встретимся с этими новыми чертами и тенденциями английского права, когда обратимся к источникам и структуре общего права.

## Глава II. СТРУКТУРА АНГЛИЙСКОГО ПРАВА

292. Важность предмета. До недавнего времени наиболее оригинальной стороной английского права была теория источников права,

существующих в Англии. Юристы континентальной Европы воспитывались в духе культа закона и восхищения кодексами. Им казалось странным, что столь цивилизованная, крупнейшая торговая страна в мире не восприняла идею кодификации и продолжает придерживаться устаревших, по мнению европейских юристов, позиций, считая судебную практику основным источником права.

Роль закона и судебной практики неодинакова в английском и во французском праве. Однако прежде чем перейти к изложению имеющихся довольно значительных различий, нам кажется важным показать здесь одно несходство несколько иного порядка романо-германской правовой семьи и семьи общего права. Речь идет о самой структуре права. Это различие, которое доставило наибольшие трудности юристам континентальной Европы, в наши дни уже начинают признавать самым главным. Именно оно в конечном счете объясняет, почему английские юристы создали теорию источников права, отличающуюся от французской, и почему английское право, в частности, не восприняло и не может принять романо-германскую форму кодификации.

Различию в структуре романских правовых систем и английского права долгое время не придавалось должного значения. Это объясняется тем, что в течение длительного периода под влиянием ряда теорий считалось, что, анализируя право, достаточно подходить к нему, лишь как к совокупности норм. Для тех же, кто посмотрит как бы со стороны, самым существенным в праве окажутся не нормы, которые оно содержит в данный момент, а скорее сама структура этого права, его классификации, применяемые концепции, тип норм права, составляющих его основу. Само преподавание права должно проводиться

: именно в этом плане, так как за нормами, которые изменяются, существуют определенные относительно стабильные рамки. Главное для изучающего право -- ознакомиться с его словарем, понять основные концепции, которые позднее позволят ему разобраться в других вопросах. Нормы же, с которыми он ознакомился в процессе обучения, могут изменяться. Изменить или отменить какую-либо норму действующего права во власти законодателя. Однако он почти не властен изменить язык и основы юридического мышления. Через многочисленные изменения и революции сохраняются термины и понятия собственности, договора, брака, ипотеки и др. Нормы, касающиеся этих предметов, изменялись, но эти новые нормы, пришедшие на место старых, в юридических работах излагались на одном и том же месте. Структура этих работ оставалась почти неизменной на протяжении веков.

293. Категории и понятия. Со всех точек зрения английское право весьма отличается от французского права и других систем, входящих в романо-германскую правовую семью. Структура английского права отлична от структуры французского права, и в этом различии заключается самая большая сложность для изучения английского права.

Различие в структуре права, как мы это увидим, действительно полное. С точки зрения известных делений права мы не найдем в английском праве ни деления на право публичное и право частное, ни деления, столь естественного, на наш взгляд, на право гражданское, право торговое, право административное, право социального обеспечения, Вместо этого мы находим в английском праве деление в первую очередь на общее право и право справедливости.

На уровне понятий мы также будем частично дезориентированы, не найдя в английском праве таких понятий, как родительская власть, узурфрукт, юридическое лицо, подлог, непреодолимая сила и т. п. Зато нам встретятся такие незнакомые понятия, как доверительная собственность, встречное удовлетворение, эстоппель, треспасс и др., которые нам ни о чем не говорят. Не соответствуя ни одному из знакомых нам понятий, термины английского права непереводаемы на другие языки, как термины фауны и флоры разных климатов. Когда любой ценой хотят перевести эти термины, их смысл, как правило, теряется. Трудность не уменьшается даже при кажущейся адекватности: "договор" английского права не более адекватен "договору" французского права, чем английское equity -- право справедливости, французскому понятию "справедливость"; administrative law вовсе не означает административное право, а civil law -- гражданское право.

294. Норма права. Различие в структуре, существующее между романскими правовыми системами и английским правом, проявляется не только в плане правовых категорий и понятий. На более элементарном уровне -- нормы права, мы также не встретим в английском праве привычный нам тип нормы. В английском праве, созданном судебной практикой, норма права (legal rule) представляет собой нечто иное, чем норма, привычная для нас, выработанная доктриной или установленная законодателем. В английском праве норма менее обща и абстрактна, чем норма французского права, а отсюда следует, например, отсутствие в английском праве элементарного для французов деления норм на императивные и диспозитивные. В силу иного характера норм кодификация континентального типа в Англии невозможна. Отдел I. Система права и правовые понятия

295. Значение правовых категорий. Первое, о чем спрашивает себя юрист, когда перед ним встает какой-либо правовой вопрос, к какой правовой категории относится данный случай: идет ли речь об уголовном, вещном, договорном или трудовом праве? Решение этого вопроса важно также и потому, что во все времена юристы специализировались в отдельных отраслях национального права. Сложилось традиционное деление, например, на цивилистов, криминалистов и юристов, специализирующихся в области торгового права. Сложность современного права вынудила юристов к еще более узкой специализации. Один и тот же юрист не может консультировать клиента и вести его судебный процесс в столь различных областях, как право литературной собственности и дела о несостоятельности, уголовное право, семейное право или фискальное право. Каждая отрасль права, интересующая различных специалистов, имеет литературу, хорошо известную только специалистам, другие юристы имеют об этой отрасли права только общие представления, часто уже несколько устаревшие в силу развития как идей, так и самого права.

296. Оригинальность понятий английского права. Так же обстоит дело и в английской правовой системе. Но в силу исторических причин в этой системе сложилось иное деление, нежели в романских системах права. Отсюда перед французскими юристами, желающими изучать английское право, возникают трудности. Библиография в области английского права, как бы обильна и богата она ни была, вряд ли сможет предложить французскому юристу фундаментальную книгу, построенную по привычным ему канонам. Книги такого рода, которыми пользуются английские юристы, носят названия: договор, реальная собственность, траст, квазидоговор, залог, конфликт законов, местное самоуправление и т. д. Французские деления и категории заменены в Англии такими делениями и категориями, которые, хотя и могут быть в ряде случаев переведены на французский (а в ряде случаев нет), не являются тем не менее в общем и целом элементарными делениями и категориями французского права.

Как ни значительны структурные различия, с которыми мы встречаемся, когда говорим об основных делениях систем континентального и английского права (публичного и частного, общего права и права справедливости), они уступают еще более фундаментальным различиям понятийных фондов. Так же и здесь французский юрист, как правило, не встретится с теми понятиями, к которым он привык: юридическим лицом, публичным учреждением и многим другим. Для того чтобы его понял английский юрист, придется использовать такие понятия, которые не имеют аналогов во французском праве.

297. Структура английского права объясняется его историей. Чем вызваны такие различия в структуре? Ответ совершенно ясен: это объясняется различной историей развития права романского и общего права.

Система романских правовых систем -- это система относительно рациональная и логичная, так как она создана, если говорить об основополагающих правовых нормах, трудами университетов и законодателем. В ней, безусловно, существуют какие-то непоследовательности и недочеты, связанные с историей или объясняющиеся практическими соображениями. Построение романо-германских правовых систем далеко не совершенно с точки зрения чистой логики, однако очень много было сделано, чтобы упростить их познание. Английское же право, напротив, создавалось без каких бы то ни было забот о логике, в рамках, которые были навязаны судебной процедурой. Только совсем недавно, примерно век назад, старая процедура была отменена и наука права попыталась внести некоторую рационализацию в создавшееся положение. Но, несмотря на значительный прогресс в этом отношении, было твердо решено сохранить понятия и классификацию, к которым все привыкли с давних пор.

Мы дадим здесь несколько примеров, свидетельствующих о силе традиции. Наиболее типично, вероятно, знаменитое определение права справедливости, которое дал известнейший специалист Мэтланд: "Право справедливости -- это ансамбль норм, которые, если бы не было Актов о судеустройстве, применялись бы только специальными судами, называвшимися судами справедливости". Право собственности на недвижимость и на движимое имущество различаются по тому признаку, что первое включает права, которые до судебной реформы 1833 года защищались так называемыми вещными исками; а второе включает права, защита которых обеспечивалась до 1832 года так называемыми личными исками. Английское понятие договора включает только соглашения, которые когда-то санкционировались иском; оно не распространяется на дарение, на доверительную собственность, на хранение, которые ранее защищались в ином порядке. По этим примерам можно понять, что категории и концепции английского права значительно отличаются от категорий и концепций романской науки.

298. Роль университетов. Возникает сомнение: разве в английских университетах, созданных в XIII веке, не преподавали, как и в континентальных университетах, римское право и каноническое право? Только в 1758 году был введен курс английского права в Оксфордском

университете; еще позднее, в 1800 году, этот курс был введен в Кембридже. Все это верно. Но если юристы континентальной Европы получали образование в университетах, то в Англии дело обстояло иначе.

Английский процесс препятствовал не только рецепции римского права. Его сложность не вызвала у юристов желания изучать в университетах принципы, которые им совершенно не понадобятся для практической работы. Английские юристы никогда не получали образования в университетах; и в наши дни в Англии нет необходимости кончать университет, чтобы стать адвокатом, поверенным или судьей. Юристы традиционно формировались практикой, которая не могла знакомить с римским правом; их внимание было постоянно сосредоточено на вопросах процедуры и доказательств, от которых зависел успех и даже сам прием иска судом. Естественно, в этих условиях категории английского права были построены на основе процесса и различных типов исков, которые можно было вчинить королевским судам. Только когда данные формы исков были ликвидированы (1852 год), появилась тенденция к более рациональной систематизации. Развитие это шло медленно, что бывает всегда, когда затронуты основы правовой системы, и не выходило за традиционные рамки английского права. Не было и речи о том, чтобы воспринять категории и концепции романских правовых систем.

Мы не можем в данной работе более подробно познакомить читателя с различными категориями и понятиями английского права: эта задача потребовала бы изучения, по существу, всего английского права'. Будет, однако, полезным дать здесь некоторые характерные примеры, затрагивающие ряд основных понятий английского права. Мы выбрали два вопроса: различие между общим правом и правом справедливости и понятие доверительной собственности. В заключение мы покажем, какое важное значение в глазах английского юриста имеют нормы, регулирующие отправление правосудия (процессуальное право и доказательства-*adjective law*), в отличие от материально-правовых норм (материальное право -- *substantive law*). 1. Общее право и право справедливости

299. Основополагающий характер различия. Наиболее элементарным с самых первых шагов в изучении права романо-германской семьи для студента является деление на частное и публичное право. Такое деление отсутствует в английском праве, и, более того, его издавна принципиально не признавали, поскольку в нем видели отказ от идеи о том, что государство и его органы подчинены праву.

Кроме того, для английского студента, изучающего право, основным является то, что совершенно неизвестно романо-германской правовой

семье: деление на общее право и право справедливости. Мы уже видели, знакомясь с историей английского права, происхождение этого деления: право справедливости -- это совокупность норм, которые создавались судом канцлера, с тем чтобы дополнять, а иногда и пересматривать систему общего права, ставшую в то время недостаточной. Сейчас нам надо несколько подробнее рассказать о нормах права справедливости, и в частности показать, как различие между правом справедливости и общим правом сохранило значение до сих пор, несмотря на их "слияние", оформленное Актами о судеустройстве 1873 и 1875 годов. Это деление и сегодня остается фактически основным в английском праве. Его можно сравнивать с существующим во французском праве делением на право публичное и частное в том смысле, что если во Франции различаются юристы -- публицисты и приватисты, то английские юристы делятся на юристов общего права и юристов права справедливости.

300. Происхождение права справедливости. Необходимо еще раз вернуться к условиям, в которых развивалось право справедливости. В силу пробелов и недостатков системы общего права (когда нельзя было обратиться в королевские суды, или не было возможности довести до конца процесс, или принималось несправедливое решение) граждане в духе идей средних веков имели возможность обратиться за помощью к королю, чтобы он сам, руководствуясь императивами совести, осуществил правосудие либо обязал суд принять справедливое решение.

Король -- суверен правосудия -- обязан был обеспечить справедливость своим подданным. Его вмешательство было обоснованным в тех случаях, когда иные правовые средства отсутствовали.

301. Справедливость основывается на праве. Вмешательство канцлера никогда не состояло в создании новых норм права, которые судьи должны были применять в будущем. В этом смысле канцлер не изменял права, которое применялось судами общего права. Наоборот, канцлер всегда выказывал уважение к этому праву: "Справедливость основывается на праве" -- одна из аксиом, провозглашенных канцлером. Однако следовать праву не значит пренебрегать законами морали. И именно во имя последней осуществляется вмешательство канцлера. Нельзя же было допустить, чтобы складывались ситуации, иллюстрирующие римскую формулу *summum jus summa iniuria*. В других странах у судей были способы избежать подобной ситуации; так они могли запретить злоупотребление правом или же прибегнуть к понятиям публичного порядка или добрых нравов. И все это лежало в рамках общих принципов права. Английские королевские суды были связаны узкой компетенцией и

строгой процедурой и поэтому не имели такой свободы маневра. Отсюда необходимость в специальной юрисдикции, основанной на королевской прерогативе, которая могла бы смягчить жесткость общего права, дополнить его и сделать все это в соответствии с требованиями морали и совести. Мы покажем на нескольких примерах, как это происходило.

302. Примеры. По нормам общего права в случае неисполнения договора можно только взыскать убытки, причиненные неисполнением. Иск "о принятии на себя", которым защищались договоры, был действительно иском, деликтным по происхождению. Он мог привести только к присуждению убытков. Во многих случаях этого было недостаточно и сторона была заинтересована в реальном получении того, что ей было обещано по договору. Ни один из исков, принимаемых королевским судом общего права, не позволял добиться такого результата. Обращаясь же к суду канцлера, можно было получить предписание о принудительном исполнении, в силу которого контрактант обязан был исполнить в натуре принятое им на себя обязательство. Таким образом, общее право, как мы видим, не нарушается; дается только средство, которое оно само предоставить стороне не может.

Общее право рассматривает судебный процесс как своего рода турнир, в котором судья играет роль простого арбитра. Каждая сторона должна представить свои доказательства; ни одна из сторон не имеет возможности заставить другую предъявить, например, имеющийся у нее документ. Суд канцлера в данном случае может вмешаться и предписать одной из сторон предъявить тот или иной документ.

Общее право -- система архаичная, оно придерживается в вопросе о договорах теории порока воли, очень примитивной и малоразработанной. Например, концепция принуждения подразумевала только физическое принуждение, исключая моральное. Канцлер мог вмешаться и здесь против того, кто, бессовестно пользуясь своей властью отца, опекуна, хозяина, духовника, врача, заставил другую сторону заключить договор или получил какое-либо иное не полагающееся ему преимущество. Канцлер мог запретить воспользоваться таким договором и запретить требовать его исполнения. Эта доктрина так называемого недолжного влияния вносила какой-то моральный критерий в концепцию принуждения.

Если одно лицо передало другому, доверяя ему, какое-то имущество для управления им в интересах третьего лица и передачи последнему доходов, полученных от этого имущества, то, согласно общему праву, лицо, получившее имущество (trustee), становится его единственным собственником. Принятое им обязательство управлять имуществом в

пользу третьего лица и передать ему полученные доходы не имеет силы. Канцлер придает силу этому обязательству. Он не нарушает норм общего права и не отрицает, что трасти -- собственник имущества, но он дополняет общее право, санкционируя обязанность, взятую на себя трасти.

Мы видим, что канцлер признает принципы общего права и следует правилу "справедливость уважает право". Но в ряде случаев в результате вмешательства канцлера возникают дополнительные нормы, называемые нормами права справедливости, совершенствующие в интересах морали систему права, применяемого судами. Лучше было бы, если бы эти дополнительные нормы создавались самими судами общего права, но в силу целого ряда причин суды не могли этого сделать и не сделали. Такие нормы выработал другой государственный орган -- канцлер.

Этот орган, во всяком случае, первоначально, не рассматривался как суд, применяющий право. Это могло бы вызвать конфликт с судами, заинтересованными и с материальной, и с моральной точек зрения в сохранении своей монополии в области отправления правосудия. Это подтверждает и терминология, которой пользовался суд канцлера. Ему подавался не иск, а жалоба, спор шел не о правах, а об интересах, выносилось не решение, а приказ и т. д. Канцлер вмешивался "во имя справедливости" и не претендовал при этом на изменение норм, установленных судами. Это вмешательство обосновывалось "велением совести". Действовать, пользуясь несовершенным состоянием права, -- это значит вступать в противоречие с совестью.

303. Право справедливости действует в отношении конкретных лиц (*Equity acts in personam*). Канцлер действует всегда одним и тем же способом: он выдает приказы или запрещения, адресованные определенному лицу, на которое он имеет возможность воздействовать. Канцлер приказывает или, наоборот, запрещает этому лицу вести себя тем или иным образом и требует от него в интересах спасения его души (канцлер первоначально -- духовное лицо) поведения, соответствующего требованиям морали и совести. В случае нарушения предписания канцлера ответчик отправится в тюрьму или же будет арестовано его имущество. Канцлер вмешивался только тогда, когда он действительно мог применить эти санкции к ответчику. Как следствие этой нормы, определявшие компетенцию канцлерского суда, отличались от тех, на которых основывалась компетенция судов общего права.

304. Дискреционный характер средств права справедливости. Вмешательство канцлера, руководимое идеей совести, становится постепенно систематическим, и так складывается определенное число

типичных случаев Образовалось некоторое количество институтов (основной среди них -- доверительная собственность) или концепций (концепция введения в заблуждение и злоупотребления влиянием, исполнения договора в натуре, доктрина суброгации и т. д.), которые основываются на юрисдикции канцлера.

Какими бы ни были эти институты и концепции, вмешательство канцлера всегда сохраняло свой первоначальный дискреционный характер. Канцлер вмешивался только в тех случаях, когда считал поведение ответчика противоречащим совести и когда истец со своей стороны был безупречен: истец должен иметь "чистые руки", действовать без неосновательного промедления и т. д. Начиная с XVII века были выработаны весьма точные нормы, регулирующие осуществление канцлером его дискреционной власти и включающие упомянутые формулы.

305. Производство в канцлерском суде. Канцлер рассматривает переданные ему дела в порядке процедуры и по системе доказательств, которые в корне отличаются от системы общего права. Здесь нет форм исков. Процедура суда канцлера, заимствованная из канонического права, исключает участие присяжных, но придает большое значение письменным документам. Кроме того, рассматривая дело во имя морали, канцлер в целях достижения истины может совершить такие действия, на которые судья общего права не управомочен. Добавим также, что канцлер осуществляет многочисленные функции бесплатной юридической помощи: у него просят указаний, как лучше управлять доверительной собственностью, одобрения изменений, вносимых в статут акционерного общества, принятия мер в интересах малолетних и т. д.

306. Право справедливости и общее право. До 1875 года право справедливости отличалось от общего права пятью фундаментальными параметрами. Его нормы, созданные канцлерским судом, имели иное историческое происхождение, чем нормы общего права, созданные Вестминстерскими судами. Нормы права справедливости мог применять только канцлер, судам общего права это не дозволялось. Процедура права справедливости в отличие от общего права никогда не знала института присяжных. В канцлерском суде можно было просить таких решений, которых не знало общее право. Наконец, приказ, выдававшийся канцлером в итоге рассмотрения дела, имел дискреционный характер.

При всех этих различиях право справедливости после XVII века уже представляло собой собрание настоящих юридических норм, применяемых судом канцлера согласно процедуре и в условиях, которые своим

формализмом и тщательной детализацией ничуть не уступали процедуре общего права. В ряде случаев по одному и тому же делу необходимо было вчинить два иска (и суду общего права, и суду канцлера): например, если одна из сторон хотела добиться исполнения договора в натуре, что возможно только на основе права справедливости, и в то же время возмещения убытков за просрочку исполнения, что возможно только на основе общего права. Такое положение было изменено в 1873--1875 годах. С этого времени все английские суды могли использовать правовые средства, предусматриваемые правом справедливости, и применять нормы общего права.

Таким образом, прежняя двойственность судебной процедуры была ликвидирована: принципы общего права и нормы права справедливости могли быть применены и осуществлены в одном суде в порядке единого иска. В этом смысле и говорят о "слиянии общего права и права справедливости", проведенном Актами о судеустройстве 1873--1875 годов.

307. Акты о судеустройстве (1873--1875 годы). Акты о судеустройстве вовсе не ставили своей целью слияние общего права и права справедливости. Законодатель в 1875 году ограничился тем, что разрешил всем высшим судебным инстанциям рассматривать дела на основе как общего права, так и права справедливости. Ведь нормы того и другого, сложившиеся до 1875 года, не противоречили друг другу. С этой даты суды могли применять и те, и другие нормы, действуя таким же образом, как это происходило до 1875 года. Сложилась ситуация, аналогичная той, которая могла бы возникнуть во Франции, если бы законодатель передал общим судам рассмотрение тех дел, которые отнесены сегодня к компетенции административной юстиции. В таком случае общие суды соответственно применяли бы к одной категории дел нормы гражданского права, а к другой -- административного.

308. Право справедливости после 1875 года. Таким образом, в принципе Акты о судеустройстве мало что изменили, ограничившись лишь тем, что отныне и общее право, и право справедливости могли применять одни и те же судебные инстанции.

Сразу же возникает вопрос: поскольку процессуальные формы у общего права и права справедливости были различны, то какую из них следовало предпочесть? Были сохранены обе. В Верховном суде, в том виде, как он был организован на основе Актов о судеустройстве, имелись два отделения. Одно из них -- отделение королевской скамьи -- действовало по устной и состязательной процедуре общего права; другое -- канцлерское отделение -- по письменной процедуре, заимствованной из старого

арсенала права справедливости. Ведут дела в этих палатах не одни и те же юристы: по-прежнему есть юристы общего права и юристы права справедливости, а это означает и разные позиции и знание разных отраслей права.

Различие между общим правом и правом справедливости и сегодня продолжает оставаться важнейшим в английском праве, но следует признать, что это различие существенно трансформировалось, и произошло это благодаря двум важным факторам.

Во-первых, при решении, какому отделению Верховного суда должно быть передано то или иное дело, перестали интересоваться тем, каково историческое происхождение подлежащих применению норм. Большее значение приобретал иной вопрос, а именно: какую процедуру желательно использовать -- общего права или права справедливости. В результате последнее охватило некоторые новые сферы (как, например, акционерное право), хотя они были регламентированы законодателем и исторически не связаны с юрисдикцией канцлера. Бывало и так, что канцлерскому отделению поручалось разрешение споров, которое в прошлом входило в общее право. Так произошло, например, с делами о банкротстве, поскольку основное внимание уделялось не характеру поведения банкрота, а необходимости организовать должным образом ликвидацию его имущества.

В итоге различие общего права и права справедливости потеряло тот вид, какой имело в прошлом. Оно стало значительно более рациональным. Право справедливости если и не стало полностью, то проявило тенденцию к тому, чтобы стать совокупностью дел, рассматриваемых путем письменной процедуры, а общее право предстает как совокупность дел, рассматриваемых по прежней устной процедуре.

В наши дни для того, чтобы определить, к сфере общего права или права справедливости относится дело, уже, как правило, спрашивают не о том, санкций какого рода хотят добиться стороны, а о том, к какой отрасли права относится дело. Общее право включает, помимо уголовного, договорное право, вопросы гражданской ответственности (правонарушения), и юристы общего права без стеснения применяют здесь такие понятия, как введение в заблуждение, злоупотребление влиянием и др., которые были ими интегрированы в общее право, причем никто не вспоминает о том, что они обязаны своим возникновением праву справедливости. Право справедливости включает в свою очередь разрешение споров о недвижимости, доверительной собственности, о торговых товариществах, дела, связанные с несостоятельностью, с

толкованием завещаний и ликвидацией наследства. Некоторые из указанных дел исторически относятся к праву справедливости, для других просто кажется удобнее, чтобы их вели юристы права справедливости по своим правилам и своими методами, а не методами общего права. В настоящее время было бы более закономерно говорить не о системе общего права и нормах права справедливости, как это обычно делают, чтобы показать только вспомогательный характер норм справедливости, а о системе общего права и системе права справедливости, каждая из которых включает определенное количество вопросов и характеризуется применением определенной процедуры.

Во-вторых, отношения между общим правом и правом справедливости изменились сразу же после того, как одни и те же судьи стали применять нормы обеих систем. Исчезло соперничество. Судьи все чаще спрашивали себя, оправдана ли резкая остановка, происшедшая в развитии права справедливости? Они задумывались и над тем, не настало ли сейчас, когда открылась возможность применения норм справедливости, время по-новому взглянуть на некоторые доктрины общего права.

Что касается первого момента, то мнения разделились. Попытки некоторых судей развить принципы права справедливости (новое право справедливости -- *a new equity*) были сдержанно встречены большинством юристов, полагающих, что такого рода задачи должны осуществляться не судами, а парламентом. Другая тенденция, наоборот, не встречает критики. Достаточно в качестве иллюстрации вспомнить, как в наше время английские суды расширили условия применения правила о реальном исполнении договора. Это правило стало обычным в обязательном праве.

Развитие отношений между общим правом и правом справедливости после судебных реформ XIX века шло по пути, который сделал возможной определенную рационализацию английского права. Однако этот процесс не вышел за традиционные рамки и не привел, в частности, к отказу от таких прочно укоренившихся в сознании юристов категорий, как общее право и право справедливости.

## 2. Доверительная собственность

309. Механизм доверительной собственности. Понятие доверительной собственности (*trust*), неизвестное романо-германским правовым системам, - основное понятие английского права и наиболее важное детище права справедливости.

Доверительная собственность строится, по общему правилу, по следующей схеме: лицо, учреждающее доверительную собственность

(settlor of the trust, оговаривает, что некоторое имущество будет управляться одним или несколькими лицами (trustees) в интересах одного или нескольких лиц-- бенефициантов. Этот институт очень часто применяется в Англии, так как он может служить для весьма различных практических целей: охраны имущества недееспособных лиц, замужних женщин, ликвидации наследства; часто эту форму используют и для организации и для деятельности благотворительных и иных учреждений.

В наши дни траст стал особенно значим, в частности потому, что его использование позволяет избежать тех поистине катастрофических последствий, которые возникают у семьи при наследовании значительных имуществ. Обложение при этом непомерно, но из него исключается то имущество, которое его обладатель не менее чем за три года до смерти перевел из режима собственности в режим доверительной собственности.

Что же такое институт доверительной собственности? Французский юрист, обнаружив, что это способ охраны имущества недееспособных или управления имуществом учреждений, которые он называет юридическими лицами, будет стремиться видеть в управляющем имуществом представителем недееспособного или юридического лица, так как именно они являются в глазах французского юриста действительными собственниками имущества, управляемого в интересах этих лиц. Он захочет, следовательно, видеть в институте доверительной собственности применение принципов представительства, своего рода доверенность, выданную учредителем доверительной собственности или в определенных случаях в силу закона управляющему. Французские суды не поколебались бы применить эти принципы, особенно если бы речь шла о ликвидации наследственного имущества. Им показалось бы совершенно непонятным, что лицо, часто совершенно чужое данной семье, назначенное администратором или исполнителем, обязанное выплатить долги, обременяющие наследственное имущество, и распределить оставшиеся суммы между теми, кто на это имеет право, может быть больше, чем управляющим, и в определенных ситуациях рассматриваться в качестве собственника наследственного имущества.

310. Анализ доверительной собственности. Подобный подход был бы совершенно неверен. В действительности доверительная собственность, как и большинство институтов и концепций английского права, может быть понята только при рассмотрении ее в историческом плане. По общему праву управляющий не является простым управляющим, представителем, напротив, он собственник имущества, образующего доверительную собственность. Следовательно, он управляет имуществом по своему

усмотрению, может им располагать полностью и никому в этом не должен отчитываться.

Его право собственности ограничивается не юридическими рамками, а только принципами морали. Он должен управлять имуществом не на основании права, а только по совести, как примерный отец семейства, передавая получаемые доходы лицам, указанным ему учредителем доверительной собственности в качестве бенефициантов. Однако по общему праву последние не имеют возможности вчинить иск для защиты своих прав; общее право считает, что у них нет такого права. Не следует забывать, что договорные обязанности в ту эпоху, когда возник институт доверительной собственности, как правило, не защищались общим правом.

К канцлеру обращались за защитой в связи с этим недостатком общего права в тех случаях, когда управляющий не оправдывал доверия, оказанного ему учредителем доверительной собственности, и вопреки совести не управлял имуществом в интересах бенефициантов и не передавал им полученных доходов. Канцлер приказывал управляющему действовать тем или иным образом, в том числе и передавать доходы бенефицианту, а этот приказ дополнял санкцией личного порядка; управляющий будет арестован, если не выполнит приказа канцлера.

Действительно, эта угроза была эффективной, и управляющий действовал так, как ему было предписано. Однако доверительная собственность тем самым не превращалась в представительство. "Справедливость основывается на праве"; управляющий остается, согласно действующей английской концепции, собственником. Это качество особенно ясно видно, если учесть широту полномочий, принадлежащих ему в отношении имущества, являющегося доверительной собственностью; он имеет не только полномочие управлять, но и право полного распоряжения. Управляющий может продать или даже подарить имущество, и эти акты распоряжения имуществом будут полностью действительны: приобретатель становится собственником.

Однако в случаях такого отчуждения право справедливости предусматривает возможность двоякого рода вмешательства. Во-первых, может быть применен принцип реальной замены: если управляющий отчуждал имущество, составляющее доверительную собственность, возмездно, в этом случае то, что он получил, заменяет собой проданное имущество и управляющий считается доверительным собственником сумм, полученных от продажи имущества, или имущества, полученного взамен прежнего. Во-вторых, если приобретатель получил имущество безвозмездно или если даже он является недобросовестным

приобретателем (знал или должен быть знать, что управляющий не мог, согласно договору об учреждении доверительной собственности, отчуждать имущество), то, став тем не менее законным собственником, приобретатель имущества становится в то же время и его управляющим и должен действовать в интересах соответствующего бенефицианта.

311. Природа прав бенефицианта. Каковы же, согласно этой концепции, права бенефицианта доверительной собственности? Строго говоря, он не имеет никаких прав. От имущества, образующего доверительную собственность, он получает только определенную выгоду, гарантируемую в какой-то мере некоторыми нормами права справедливости. С тех пор как систематизированное право справедливости стало, по существу, собранием норм, дополняющих нормы общего права, можно несколько иначе трактовать и институт доверительной собственности<sup>1</sup>.

В доверительной собственности по-прежнему нельзя видеть одну из форм представительства. Этот исторически неверный подход не может объяснить некоторые аспекты данного вопроса. Доверительная собственность -- это скорее не нечто родственное доверенности, а определенное расчленение права собственности, одни элементы которого принадлежат управляющему, а другие -- бенефицианту.

312. Романская концепция собственности. Однако институт права собственности в Англии также не строится по знакомым нам схемам, к которым нас привел бы анализ содержания права собственности на континенте. Здесь право собственности рассматривается как система прерогатив собственника: владение, распоряжение, пользование. Такой анализ, как бы традиционен он ни был, является весьма приблизительным, и изучение института доверительной собственности особенно подчеркивает это. Не очень точным является объединение под термином *usus* права пользования вещью (например, проживания в доме) и права управления ею (проведения ремонта или сдачи дома в наем). Таково же объединение под термином *abusus* столь различных правомочий, как право уничтожать свое имущество и право распоряжаться вещью и отчуждать ее. Только когда станет понятно, насколько приблизителен анализ содержания права собственности по романскому праву, можно понять, что такое доверительная собственность. Управляющий -- собственник, прерогативы которого ограничены договором об учреждении доверительной собственности и нормами права справедливости. Практически он обычно осуществляет управление имуществом и вправе распоряжаться им, но он не может ни пользоваться (в собственном смысле понятия пользования)

имуществом, ни уничтожить его как таковое.

313. Английская концепция "tenures". Разделение правомочий собственника, происходящее при учреждении доверительной собственности, невозможно в романских правовых системах, допускающих такое расчленение лишь в строго ограниченных случаях. Доверительная собственность в число допускаемых законом случаев не входит. Английскому юристу трудно было бы применить господствующий во французском праве принцип и понять нашу неспособность признать и принять для своего права институт, практическое значение и польза которого бесспорны в глазах английских юристов. Это тем более трудно для них, так как правило, устанавливающее замкнутый круг вещных прав, и ограничение возможности расчленять право собственности только строго установленными случаями чужды английскому праву и взглядам английских юристов.

Положение, разрешающее свободно разделять правомочия собственника, кажется английскому юристу столь же естественным, как для континентального юриста -- принцип свободы договоров. 314. Совместная собственность (joint tenancy) и общая собственность (tenancy in common). В связи с институтом доверительной собственности и для того, чтобы показать различие концепций английского и французского права, отметим также две формы собственности, существующие в английском праве: совместную собственность и общую собственность. Вторая из них эквивалентна французскому институту, хотя в каких-то деталях их регламентация может быть разной. Зато совместная собственность (joint tenancy) -- форма чисто английская и для нас на первый взгляд совершенно чуждая и вызывающая удивление. При этой форме никто не наследует за выбывшим собственником и субъектом права собственности остается лишь более узкий круг оставшихся собственников. Чему соответствует данная юридическая форма? Это легко объяснить, имея в виду институт доверительной собственности. Бенефицианты доверительной собственности обычно являются сособственниками (tenants in common); управляющие, наоборот, выступают как совместные собственники. Часто существует несколько управляющих (для бенефициантов -- это дополнительная гарантия их интересов), и все акты по управлению имуществом должны совершаться всеми управляющими. Если один из управляющих выбывает, не следует, чтобы управление имуществом переходило к его наследникам, возможно и некомпетентным. Это достигается при помощи формы joint tenancy. Доверительная собственность по выбытии одного из управляющих продолжает управляться

оставшимися, за исключением тех случаев, когда, согласно договору о доверительной собственности или в соответствии с решением суда, должен быть подобран новый управляющий (взамен выбывшего).

Подобные примеры, показывающие различия в структуре французского права и права английского, и различие их концепций можно было бы умножить. Разная история того и другого права породила и разную группировку норм во всех отраслях права, и выработку разных концепций. Ведь концепции романских правовых систем вырабатывались главным образом университетами на базе римского права. Английские же концепции возникли из различных старых форм судебной процедуры и пронизаны духом средних веков, хотя они с тех пор и были значительно модифицированы применительно к нуждам современного общества.

### 3. Процессуальное право и нормы материального права

315. Тенденция романских юристов. По традиции, юристов Европейского континента больше всего интересует материальное право. На судебную процедуру они обращают меньше внимания, так же как и на все то, что касается судебных доказательств или исполнения судебных решений. Эта традиция ставить право выше процесса установилась еще в древности: уже в Риме строго различали настоящих юрисконсультов и адвокатов (*oratores*), которые, безусловно, считались рангом ниже первых. В дальнейшем эта традиция обозначилась еще сильнее, особенно благодаря университетской подготовке юристов. Здесь право выступало как нечто подобное моральной теологии. Юрист -- это тот, кто изучил образец разума -- римское право; этим он отличается от практика, который знает правила судопроизводства, местные акты, но не имеет общей правовой культуры. Этого практика немного презирают за то, что он не имеет диплома и не знает принципов.

316. Иной характер английского права. Английское право -- это не право, изученное в университете, не право принципов. Наоборот, это право процессуалистов и практиков. Крупный юрист в Англии -- это не профессор университета, а судья, вышедший из практиков. Лишь незначительная часть юристов обучалась в университетах, и в XIX веке в стране не было ни одного судьи с известным именем, который имел бы университетский диплом.

Изучение принципов не дало бы этим юристам ничего. В Англии до XIX века главным для юриста было уметь найти форму иска, позволяющую обратиться в Королевский суд и избежать тех препятствий, которые готовила на каждом шагу весьма формальная процедура. Если же начат процесс, можно положиться на присяжных, которые вынесут правильное

решение, подтверждающее вашу правоту. Самая большая трудность -- возбудить процесс. Для этого надо было все свое внимание обратить на всякого рода препятствия процедурного плана. С одной стороны, процесс проходит в присутствии присяжных, поэтому необходимо было выработать строгие правила о доказательствах, чтобы вердикт невежественных и впечатлительных присяжных был разумным.

Таким образом, процессуальные вопросы выдвигались на первый план для английских юристов. Во-первых, потому, что эти благоразумные люди хорошо понимали, что быть правым -- этого еще мало для того, чтобы добиться удовлетворительного решения, а во-вторых, потому, что материальное английское право до XIX века было чрезвычайно бесформенным и нечетким. Английское договорное право, в частности, возникло только в XIX и XX веках. 317. Современное английское процессуальное право<sup>2</sup>. За последнее столетие английская судебная процедура упростилась. С другой стороны, значительно обогатилось английское материальное право, достигнув такой степени определенности, которая делает его сравнимым с правовыми системами континентальной Европы. Английские юристы все чаще и чаще появляются на правовых факультетах университетов, чтобы изучить принципы английского права, систематизированные теперь так же, как и принципы различных романских правовых систем. Однако стиль мышления, порожденный вековыми традициями, сохраняется до сих пор.

Например, процедура в судах сохраняется та же, что и в те времена, когда дела слушались с участием присяжных, хотя в настоящее время гражданские дела с участием присяжных слушаются очень редко. Процесс тщательно готовится, с тем чтобы разногласия сторон были ясно видны и фиксировались бы вопросами, на которые можно отвечать только "да" или "нет" (во Франции такой порядок существует только при рассмотрении дела в единственной инстанции, где участвуют присяжные, -- в суде ассизов). Вся процедура совершается в публичном заседании суда, в ходе которого пункты разногласий должны быть выяснены на основе системы устных доказательств - показаний свидетелей, которых по очереди допрашивают адвокаты

сторон. Досье дела не существует, все должно быть изложено устно в судебном заседании, чтобы присяжные (неграмотные в старину) могли составить свое мнение по делу. Судебное заседание является непрерывным, и решение по делу должно быть вынесено тотчас же: если участвуют присяжные, они должны быть освобождены как можно скорее. Некоторые доказательства как по гражданским, так и по уголовным делам

исключаются, так как они могут произвести нежелательное впечатление на несведущих присяжных (предполагается, что таковые всегда имеются). Система доказательств английского права весьма обширна и хорошо (некоторые считают, слишком хорошо) технически разработана. В силу всех этих правил судебная процедура в Англии сохранила большее значение по сравнению с ролью процедуры в странах континентальной Европы, особенно в тех традиционных сферах английского права, которые образуют то, что принято называть "правом юристов".

318. Образ мышления английских юристов. Надо отметить, что с точки зрения психологической в Англии сохраняется и способ мышления, придающий особо важное значение судебной процедуре. Юрист континентальной Европы видит в праве принципы социального порядка. Он оценивает право в свете этих принципов; он говорит о принципах политической свободы, социальных правах, святости собственности и договоров, а практикам оставляет заботу о проведении этих принципов в жизнь.

Английский же юрист -- своего рода наследник практиков, как правило, с недоверием относится к тому, что считает пустыми словами: что стоит какое-либо правовое положение или принцип, если на практике не существует способов для его осуществления? Все внимание английских юристов веками было обращено на судебную процедуру и очень медленно переносится на нормы материального права.

319. Иллюстрация: административное и уголовное право. Подавляющее большинство дел решается в Англии так называемыми нижестоящими судами - комиссиями по административным спорам, частными арбитрами. Контроль, осуществляемый за их деятельностью вышестоящими судами, во многих случаях распространяется и на то, как было истолковано и применено право. Однако очень часто контроль ограничивается лишь тем, как был проведен процесс. Решение арбитра проверяется лишь тогда, когда вынесшее его лицо заслуживает упрек в неблагоприятном поведении (misconduct). Вышестоящий суд не стремится проверять, обоснованно ли принятое решение. Главное -- это принять решение на основе должной процедуры, в ходе которой заслушиваются все заинтересованные лица и на основе которой решение может быть принято с полным знанием дела. Каково же будет решение по существу, английского юриста мало заботит; он доверяет администрации. В Англии не сочли нужным установить возможность обжалования превышения власти, играющую столь значительную роль во французском административном праве. Зато в Англии администрацию обязали мотивировать свои решения,

а во Франции Государственный совет не возложил такой обязанности на администрацию (кроме исключительных случаев или когда это предусмотрено законом).

Обвиняемый должен иметь так называемый fair trial (то есть в ходе процесса к нему должны относиться лояльно), выносить решение можно только с соблюдением установленных процессуальных форм -- вот ведущие положения английского права, права, рассматриваемого по преимуществу под процессуальным углом зрения, права, которое, кажется, более заботится об отправлении правосудия, чем о самом правосудии<sup>2</sup>. Эти аспекты нельзя, конечно, отделить друг от друга. Тем не менее такое деление подчеркивает дух английского права. Следуйте строго регламентированной лояльной процедуре, думает английский юрист, и вы почти наверняка добьетесь справедливого решения. Французский юрист, наоборот, считает, что следует сказать судье, какое решение будет правильным: если он знает это решение, пусть выносит его с соблюдением всех деталей процедуры и системы доказательств.

Обе эти позиции, безусловно, определены историей. Английская позиция сложилась в стране, где не существовал свод законов, на которые можно было опираться, и где судьи вынуждены были эмпирически создавать общее право. Французская же позиция объясняется рецепцией или по крайней мере престижем римского права, унаследованного французами. Отдел II. Норма права

320. Концепция нормы права, созданная судебной практикой. Различие в структуре между романо-германскими правовыми системами и общим правом проявляется и при сравнении того, как понимает французский юрист норму права и что называет английский юрист правовой нормой.

При изучении роли судебной практики и роли законодательства, рассматриваемых в качестве источников права, мы попытаемся показать очень важное различие, существующее по этому вопросу между французским и английским правом. Английские юристы рассматривают свое право главным образом как право судебной практики. Нормы английского права -- это положения, которые берутся из основной части решений, вынесенных высшими судебными инстанциями Англии. Все то, что в этом решении не является строго необходимым для разрешения данного спора, английский судья называет "попутно сказанным" и опускает. Английская норма права, таким образом, тесно связана с обстоятельствами конкретного дела и применяется для решения дел, аналогичных тому, по которому данное решение было принято. Такую норму права нельзя сделать более общей и абстрактной, так как это глубоко

изменит сам характер английского права, превратит его в право доктринальное. Англичане весьма сдержанно относятся к такой трансформации: они воспринимают нормы, изданные законодателем, как бы ясны они ни были, только в том случае, когда они истолкованы судебной практикой. Таким образом, практика как бы заменяет в системе источников права нормы, изданные законодателем.

Совсем иное, как известно, положение существует в правовых системах континентальной Европы: основу этих правовых систем составляют не судебные решения, а принципы, выработанные доктриной в университетах путем систематизации и модернизации положения кодификации Юстиниана. Норма английского права способна дать немедленное решение по данному спору. Норма континентального права, выработанная доктриной или созданная законодателем и носящая общий характер, охватывает поведение граждан в широком круге случаев, в том числе таких, которые сильно отличаются от рассматриваемого спора. Два вида норм права, имеющих с самого начала разные цели, различаются и в том отношении, что нормы французского права неизбежно носят более всеобщий характер, чем нормы английского права. Перевод английского *legal rule* как нормы права в этих условиях является весьма приблизительным: он деформирует действительное понятие того, чем является английская норма права.

321. Примеры. В качестве примера возьмем заключение договора между отсутствующими. Французский юрист в этом случае спрашивает себя, какой концепцией он должен руководствоваться: исходящей из момента отправки оферты или, наоборот, ее получения,-- и в зависимости от выбора концепции решает вопрос о моменте заключения договора. Такой подход покажется английскому юристу слишком абстрактным; для того, чтобы определить дату или место заключения договора, могут быть использованы в зависимости от конкретных обстоятельств самые различные нормы.

Также и в области деликтной ответственности в Англии не установлены общие принципы, подобные тем, которые имеются в европейских кодексах, в том числе во французском Гражданском кодексе. Различные виды виновного причинения вреда, различные обстоятельства, при которых нанесен ущерб, регламентируются каждый своими собственными нормами. Английские юристы игнорируют общее понятие вины и имеют дело лишь с различными видами неправомерного поведения, разными фактическими составами (*torts*), и если речь идет о таком составе, характеризующем наличием вины, то ставится вопрос, существовала ли при

данных обстоятельствах обязанность ответчика соблюдать должную осторожность. Если речь идет об ответственности собственника земельного участка, применяются различные нормы в зависимости от того, имел или не имел потерпевший право находиться на этом участке, был ли он приглашен ответчиком, взрослое лицо потерпевший или ребенок, связано ли причинение вреда с обработкой земли и т. д. Учитывается не только различие в типе деликтов, но также и характер вреда -- материальный или моральный. Характерно, что понятия вины и вреда труднопереводимы на английский язык, а ключевое понятие английского деликтного права--это убытки (damages).

Общие формулы наших кодексов воспринимаются английскими юристами скорее как моральные предписания, а не нормы права как таковые. Сама же английская правовая норма связана с казуистикой, которая подчас становится такой сложной и ухищренной, что требуется разъясняющее вмешательство законодателя.

322. Открытая система и замкнутая система. Приведенные выше рассуждения очень важны для понимания английского права и методов английских юристов. Правовые системы романо-германской правовой семьи образуют стройный ансамбль, "замкнутые системы", где любой вопрос может и должен быть разрешен, по крайней мере теоретически, путем "толкования" действующей нормы права. Английское право -- "система открытая": оно выступает как метод, который позволяет разрешить любой вопрос, но не содержит норм, подлежащих применению в любых обстоятельствах. Техника английского права не есть техника толкования правовых норм; она заключается в том, чтобы, исходя из legal rules, ранее принятых, установить норму, может быть новую, которую следует применить в данном случае. Эта процедура осуществляется на основе фактических обстоятельств данного дела, с тем чтобы установить различие между данным случаем и делом, рассматривавшимся в прошлом. Новому случаю соответствует (должна соответствовать, по мнению английского юриста) и новая норма. Функция судьи заключается в осуществлении правосудия; он не должен формулировать общие положения, выходящие по своему значению за пределы рассматриваемого судом спора. Английская концепция legal rule, более узкая, чем французское понятие нормы права, объясняется исторически тем фактом, что общее право формировалось судьями, оно тесно связано не с толкованием, а с техникой отличий, которая и составляет метод английского права.

323. Характер законодательной нормы. С различием концепций нормы

права в Англии и на континенте связаны и другие важные вопросы. Отсюда следует, например, что для англичанина норма, принятая законодателем, носит особый, в известной мере даже аномальный характер, как нечто извне привносимое в право. Как ни старается английский законодатель конкретно формулировать нормы, сделать их как можно более казуистичными, он, за исключением тех случаев, когда ограничивается внесением поправок в общее право, действует в иной плоскости, чем суды, и для того, чтобы сформулированные им положения могли быть полностью восприняты английским правом, они должны быть применены и подтверждены (иногда в измененном виде) судами в условиях, обычных для выработки общего права. Это положение очень важно, так как оно влечет за собой если не теоретически, то фактически невозможность кодификации английского права на романский манер.

Можно констатировать, что в различных странах общего права, где была проведена кодификация по французскому образцу (в США или в Индии), принятые кодексы не стали такой же правовой базой, какой являются на континенте наполеоновские кодексы.

Укоренившееся в Англии понимание правовой нормы породило особые трудности тогда, когда закон и административный акт стали инструментами, используемыми в целях социальной трансформации. Как правило, закон и акт устанавливают лишь руководящие принципы и стандарты поведения, представляя управляющим и контролирующим органам достаточно широкие оценочные полномочия. Английские суды пришли к тому, что в данной связи их толкование законов и регламентов должно отличаться от традиционного. В конечном итоге оно окажется во многом похожим на то, что происходит на континенте. Уменьшается контроль, который суды -- единственная инстанция, могущая решать, что есть право, -- осуществляют в отношении актов "квазигиридрического" характера.

324. Инфляция права. Благодаря прецедентной системе нам нередко представляется, что в Англии происходит настоящая инфляция права. В своем желании свести право к ряду принципов мы, вероятно, в некоторых вопросах предоставили слишком большую свободу судейскому усмотрению, полагая, что доктрина или законодательство не может снизойти до рассмотрения конкретных фактов.

Французское право предстает перед англичанином как бы состоящим из отдельных кадров, внутри которых легко можно производить изменения способом, мало благоприятствующим устойчивости правоотношений. Английское право оставляет противоположное впечатление. Оно

перегружено юридическими дефинициями и решениями мелких вопросов, которые, казалось бы, более правильно оставить на усмотрение судей в каждом конкретном случае, а не возводить в прецедент.

По английскому праву, закон может в различных случаях предоставлять судье "дискреционные полномочия". Но эта общая формула прикрывает совершенно иное положение, нежели то, что скрывается за ней в романском праве. Законодательная формула лишь тогда приобретает значение в глазах английского юриста, когда определенное количество норм судебного происхождения зафиксировано, как именно судья должен использовать свои дискреционные полномочия. Регламент Высокого суда Англии ограничился кратким указанием, что судьи этого суда имеют полные дискреционные полномочия в решении вопроса о судебных издержках. Данное лаконичное положение было затоплено волной постановлений и приговоров, объяснявших, как должны осуществляться дискреционные полномочия. Новый специальный регламент по вопросу судебных издержек систематизировал в 1959 году эту судебную практику, сформулировав вместо прежнего короткого правила 35 норм, которые вместе с приложениями занимают не менее 148 страниц в руководстве по судопроизводству, разработанным судом.

Французская норма, говорящая о недобросовестной конкуренции коммерсанта, действующего в ущерб правам его конкурентов, для английского юриста не представляется настоящей нормой права. Он увидит в ней лишь расплывчатую формулу, призванную дать судьям общую директиву о том, что в данной связи является справедливым. Чтобы иметь настоящую *legal rule*, надо дождаться, пока суды вынесут в этом плане решение по конкретному делу и скажут, была ли в данном деле и в данных обстоятельствах недобросовестная конкуренция и должен ли виновный подвергнуться правовым санкциям. Норма английского права неотделима от отдельных элементов конкретного дела, и только такие элементы и дают возможность понять ее значение. Норма эта не воплощается в законодательной формуле. Факты пронизывают структуру английского права и нередко сами попадают в число правовых норм. Такой широкий подход ведет к некоторой гипертрофии английского права, о чем нередко сожалеют многие авторы.

325. Императивные и диспозитивные нормы. Английская концепция исключает то деление, которое является элементарным для романских правовых систем, - деление норм на императивные и диспозитивные. Даже сами эти термины непереводимы на английский язык. Понятно, почему само понятие диспозитивной нормы не воспринимается английским

юристом. Термин "диспозитивная норма" нужен лишь тем, кто использует точку зрения доктрины или законодательства, рассматривая типичные дела. Английский судья типичных дел не рассматривает, его функция -- вынести решение по конкретному случаю, учитывая при этом имевшиеся прецеденты. Следовательно, он не может заявить, что, если не оговорено иное, продавец несет ответственность за скрытые недостатки проданной вещи. Такая формула была бы для него не более чем "попутно сказанным". Подобные формулы в Англии считают не нормами права, а доктринальными рассуждениями: ведь они более общи и абстрактны, чем конкретные решения, и не могут считаться нормами права.

Для англичанина есть нечто шокирующее в предположении, что все законы могут не быть одинаково императивны. Когда английская доктрина выделит то, что континентальные юристы называют диспозитивными нормами, она и тогда будет исходить из других позиций и применять не ту терминологию, которая распространена на континенте. Она будет говорить о предполагаемых условиях договора, а не о диспозитивных нормах права. Эта различная терминология также подменит привычное для континентальных юристов деление норм права на императивные и диспозитивные. Англичане не только не знают такого деления, но и с трудом понимают его.

Разумеется, английский законодатель может сформулировать диспозитивную норму. Тем не менее сама категория "диспозитивная норма" не найдет себе места в английском праве, ибо в соответствии с традицией это право всегда будет рассматриваться как право судебной практики, в котором роль закона второстепенна.

### Глава III ИСТОЧНИКИ АНГЛИЙСКОГО ПРАВА

326. План главы и его обоснование. Английское право, созданное исторически Вестминстерскими судами (общее право) и канцлерским судом (право справедливости), является правом судебной практики не только по своему происхождению. Так как влияние университетов и доктрины в Англии было значительно слабее, чем на континенте, а общий пересмотр права никогда не осуществлялся законодателем в форме кодификации, английское право сохранило в отношении источников права и свою структуру, и свои первоначальные черты. Это -- типичное прецедентное право (*case law*), изучение его источников следует начать именно с изучения судебной практики.

Закон (по-английски *statute*) по традиции играет в английском праве второстепенную роль, ограничиваясь лишь внесением корректив или дополнения в право, созданное судебной практикой. Это положение,

вообще говоря, в значительной мере изменилось в наше время. В сегодняшней Англии закон и подзаконные акты не могут считаться второстепенными: они фактически играют такую же роль, как аналогичные источники права на Европейском континенте. Однако в силу исторических особенностей эта роль осуществляется в Англии несколько иначе: структура английского права мешает считать законодательную деятельность эквивалентной кодексам законов континентальной Европы.

Другие источники права (обычай, доктрина, разум) играют по сравнению с судебной практикой и законом в современном английском праве второстепенную роль. Однако пренебрегать этой ролью не следует: эти источники также имеют значение.

#### Отдел I. Судебная практика

Изучение судебной практики -- основного источника английского права - предполагает знание основных принципов английского судоустройства. Следовательно, прежде всего мы изложим эти принципы, а затем рассмотрим правило прецедента, авторитет, который английское право признает за судебными решениями. 1. Английское судоустройство

327. Различные виды юрисдикции. Английская судебная система издавна отличалась чрезвычайной сложностью и сегодня, несмотря на ряд реформ, проведенных за последние сто лет и упростивших и в какой-то мере рационализировавших ее, эта система озадачивает континентального юриста.

В Англии проведено деление -- неизвестное в Европе -- на так называемое высокое правосудие, осуществляемое высшими судами, и низшее правосудие, осуществляемое большим числом нижестоящих судов и квазиюрисдикционных органов. Юристы всегда уделяли особое внимание деятельности высоких судов, поскольку последние не только рассматривают конкретное дело, но и выносят решение, которое нередко выходит за рамки данного дела и при определенных условиях образует прецедент, которому затем надлежит следовать. Изучая прецеденты, можно узнать, каково же английское право. Но в то же время громадное большинство дел оказывается вне сферы этих высоких судов и рассматривается низшими юрисдикциями и квазиюрисдикциями. Эти инстанции не участвуют, однако, в осуществлении судебной власти, и их решения имеют ограниченное значение.

328. Высокие суды; Верховный суд. История Англии знает много высоких судов. Вестминстерские суды (суд королевской скамьи, суд общих тяжб, суд казначейства), применявшие общее право, канцлерский суд, действовавший на основе справедливости, суд адмиралтейства,

рассматривавший некоторые дела в сфере морского права, суд по делам о разводах, действовавший на основе канонического права, суд по наследственным делам, рассматривавший вопросы, связанные с завещанием. Целью Актов о судеустройстве 1873--1875 годов было упрощение сложившейся системы. Акты упразднили все эти суды как самостоятельные и объединили их в рамках нового единого Верховного суда, над которым в исключительных случаях мог осуществлять контроль Апелляционный комитет палаты лордов.

Созданная этими актами судебная система не раз подвергалась модификациям и была существенно изменена Законами о суде 1971 года, а затем Законом о Верховном суде 1981 года. Кратко опишем нынешнюю организацию Верховного суда. В него входят: Высокий суд. Суд короны и Апелляционный суд.

Высокий суд состоит из трех отделений: королевской скамьи, канцлерского, по семейным делам. Распределение дел между этими отделениями связано лишь с практическими соображениями, в принципе же каждое отделение может рассматривать любое дело, входящее в компетенцию Высокого суда. В рамках отделения королевской скамьи имеется Адмиралтейский суд и Коммерческий суд, в рамках канцлерского отделения -- Патентный суд, но это означает лишь наличие судей, специализирующихся по данным вопросам, а также применение специальной процедуры при рассмотрении дел определенной категории. В составе Высокого суда 75 судей (они носят титул "Джастис"), к которым следует добавить лорда--главного судью, возглавляющего отделение королевской скамьи, вице-канцлера, возглавляющего канцлерское отделение, и председателя отделения по семейным делам. Судьи назначаются из числа адвокатов, для которых переход в ранг судей Ее Величества означает пик профессиональной и общественной карьеры. Дела, которые слушаются по первой инстанции, обычно рассматривает один судья. Лишь в прошлом, при рассмотрении дела по общему праву, в рассмотрении всегда участвовало жюри; ныне оно участвует в слушании гражданских дел лишь в исключительных случаях. Отброшено также правило о том, что вердикт присяжных (в тех редких случаях, когда они участвуют) должен быть вынесен единогласно.

Суд короны -- это новое образование, созданное Актами о суде 1971 года. Он рассматривает уголовные дела. Его состав более многолик. В зависимости от вида преступления дело может рассматривать либо судья Высокого суда, либо окружной судья (который должен быть профессиональным, постоянно работающим судьей), либо рикордер, то

есть барристер, или солиситер, временно исполняющий обязанности судьи. В 1975 году имелось 328 рикордеров (40 из них--солиситеры). Если обвиняемый не признает себя виновным, в рассмотрении дела участвует жюри.

Апелляционный суд -- это вторая инстанция в рамках Верховного суда. В его составе 18 судей, именуемых лорд-джастисами и возглавляемых хранителем судебных архивов (Master of the Rolls). Дела рассматривает коллегия в составе трех судей. Жалоба отклоняется, если большинство из них не считают нужным изменить решение, на которое она подана. Одна из коллегий суда занимается лишь уголовными делами. Это -- уголовное отделение Апелляционного суда. Коллегия действует обычно в составе лорд-джастиса и двух судей из отделения королевской скамьи. В отличие от коллегий, рассматривающих гражданские дела, здесь не принято, чтобы мнение судей, оставшееся в меньшинстве, становилось известным.

329. Палата лордов. Решения Апелляционного суда могут быть обжалованы в Апелляционный комитет палаты лордов. Такое обжалование носит исключительный характер: палата лордов выносит не более 30--40 решений в год. Дела в палате лордов рассматриваются несколькими, минимум тремя, лордами. Могут рассматривать дела только лорд-канцлер--председательствующий в палате, 11 лордов (Lords of Appeal in Ordinary), которые специально для этого были избраны пэрами Англии (не по праву наследования), и лорды, которые прежде занимали судебные должности, перечисленные в законе. Дела обычно рассматривают 5, но не менее 3 лордов. Каждый отдельно высказывает по делу свое мнение (speech), жалоба отклоняется, если большинство не высказалось за ее удовлетворение. Английское право не знает французской практики отмены решения и возвращения дела на новое рассмотрение. И палата лордов, и Апелляционный суд выносят решения по существу обжалованного им дела.

330. Судебный комитет Тайного совета. Палата лордов -- это высшая судебная инстанция не только для Англии, но и для всего Соединенного Королевства. Кроме того, судьи палаты лордов как таковые или совместно с судьями заморских территорий образуют Судебный комитет Тайного совета. На таком уровне рассматриваются жалобы на решения верховных судов британских заморских территорий или государств -- членов Содружества, по

скольку эти государства не исключают возможности такой жалобы (Австралия, Новая Зеландия, Гамбия, Сьерра-Леоне и др.). Таким образом, судьям палаты лордов приходится часто применять другое, неанглийское право. Вся эта процедура привлекает внимание многих авторов, которые

видят в ней гарантию против тенденции придания праву сугубо национального характера. Решения Судебного комитета (теоретически они считаются "мнениями, которые он сообщает короне для осуществления ее прерогатив"),-- основанные на общем праве, обладают тем же авторитетом, что и решения палаты лордов. И те, и другие решения публикуются в одних и тех же сборниках.

331. Нижестоящие суды. Помимо высоких судов, в Англии действуют разнообразные нижестоящие инстанции, которые и рассматривают подавляющее большинство дел.

Важнейшие низкие суды по гражданским делам -- это суды графств, созданные законом в 1846 году и только по названию схожие с судами графств средних веков. Суды графств играют существенную роль в отправлении правосудия в Англии, так как закон наделил их довольно широкой компетенцией. Хотя компетенция Высокого суда неограниченна, он в принципе не принимает к рассмотрению дела, в которых сумма иска ниже 1000 фунтов стерлингов, и, следовательно, все дела такого рода попадают в суды графств. В них (правда, не во всех) рассматриваются ныне и бракоразводные дела при отсутствии возражения сторон. Всего в этой инстанции занято примерно 260 судей. Как и члены Высокого суда, они назначаются из числа адвокатов с репутацией. Малозначительные дела (цена иска менее 11 фунтов стерлингов) могут рассматриваться помощником судьи (он именуется реджистэр) или быть направлены -- в соответствии с Законом 1973 года -- на арбитражное рассмотрение.

Малозначительные уголовные преступления рассматриваются магистратами -простыми гражданами, на которых возложена роль мировых судей. Их общее число составляет примерно 20 000, и это не юристы. Магистратам помогает секретарь-юрист (клерк). Вознаграждения магистраты не получают. Как правило, дело должны рассматривать не менее двух магистратов, и лишь в исключительных случаях, когда речь идет о совсем незначительном деянии, закон разрешает рассмотрение дела одним магистратом.

Компетенция магистратов не ограничивается малозначительными преступлениями. И в отношении других, более тяжких преступлений они в порядке предварительной процедуры вправе решать, имеются ли доказательства вины, достаточные для того, чтобы обвиняемый предстал перед Судом короны. С другой стороны, обвиняемый в ряде случаев имеет возможность просить, чтобы его судил магистратский суд, и 88 процентов уголовных дел рассматривается именно таким образом. Обвиняемый заинтересован в том, чтобы предстать перед магистратским судом, который

в силу ограниченной компетенции не может назначить меру наказания свыше шести месяцев лишения свободы, тогда как в Суде короны за такое же деяние можно получить гораздо более суровое наказание. В мировом суде нет жюри, даже в том случае, когда обвиняемый, выбравший этот суд, не признает себя виновным.

К сказанному следует добавить, что магистратский суд наделен некоторой компетенцией по рассмотрению гражданских дел, прежде всего семейных (алиментных обязательств, охраны детей), а также дел по взысканию некоторых видов кредита, предусмотренных законом.

Допускаемые жалобы на решения графских судов приносятся прямо в Апелляционный суд, а на решения мировых судов в зависимости от характера дела -- или в Суд короны (здесь ее рассматривает коллегия в составе от 2 до 4 профессиональных судей), или в отделение королевской скамьи (где ее рассматривают, как правило, трое судей).

332. Квазисудебное рассмотрение споров. Для рассмотрения административных дел и в случае, если применение отдельных законов сталкивается с трудностями, квазисудебной компетенцией наделяются отдельные органы -- управления, комиссии или трибуналы. Без рассмотрения этими органами соответствующие дела не могут быть переданы в Верховный суд.

Такого рода учреждения многочисленны, и роль их значительна. Они действуют в сфере экономики (воздушный и наземный транспорт, фабричные марки, авторские права, радиовещание), финансов (подходный и земельный налоги, уклонение от уплаты налогов), землепользования, найма жилых и нежилых помещений, в социальной сфере (социальное обеспечение, увольнение, пользование больницами), для решения вопросов, связанных с военной службой (отсрочка, отказ по религиозным мотивам) и т. д. Совет трибуналов, созданный в 1958 году для наблюдения далеко не за всеми учреждениями такого рода, контролирует 2218 трибуналов, осуществляющих деятельность 41 вида и рассмотревших в 1978 году 1 158 634 дела.

Трибуналы весьма различны по структуре и формам деятельности; иногда они действуют при органах управления, в других случаях они полностью автономны. Таковы, например, трибуналы, призванные рассматривать отношения собственников и нанимателей, работодателей и служащих. Функцией одних трибуналов является рассмотрение споров, другие же лишь контролируют правильность принятия решений администрацией. В целом же органы, о которых идет речь, несходны с французскими административными судами. Все эти органы

функционируют под контролем Верховного суда. Во всяком случае, теоритически это так. В Англии нет иерархической системы административных юрисдикции, равно как нет и "высшей инстанции", специализирующейся на рассмотрении споров, в которых одной из сторон является государственный орган'. Попытки создать в Верховном суде "административное отделение" постоянно наталкиваются на сопротивление тех, кто не хочет развития административного права по континентальной модели, то есть вне рамок общего права. Существующие в Англии органы по рассмотрению административных споров призваны действовать лишь как нижестоящие суды, которые в этой стране состоят, как правило, из неюристов и не столько осуществляют подлинную судебную власть, применяя с достоинством право, сколько предназначены для того, чтобы разгрузить настоящие суды, взяв на себя все, что не заслуживает их внимания.

333. Для Англии характерно наличие судебной власти. Судьи английских высоких судов занимают важные позиции, и их роль очевидна. В отличие от того, что имеет место на континенте, в Англии существует подлинная судебная власть, которая по значению и престижу не ниже законодательной и исполнительной власти.

Высокие суды в Англии -- настоящая власть. Именно им Англия обязана созданием общего права и права справедливости. В наше время ситуация изменилась. Однако не было такой кодификации, которая заставила бы английского юриста поверить в то, что отныне основным источником английского права является закон. Нельзя забывать и об исторической роли судов в утверждении прав и свобод. Многие утверждают, что эта роль не только в прошлом и наличие реальной судебной власти является полезным противовесом сложившемуся ныне альянсу правительства и парламента. Можно рассматривать как конституционный обычай принцип, согласно которому ни одно разбирательство споров не может не подлежать контролю суда, то есть судебная власть обладает своеобразным естественным правом (*inherent right*) знать все вопросы такого рода. Существование судебной власти -- полностью независимой и весьма уважаемой -- необходимо для нормального функционирования английских институтов, формированию и укреплению которых суды столь существенно способствовали в ходе истории.

О той роли, которая признана в Англии за высокими судами, можно судить по ряду действующих правил. Все подлежащие рассмотрению споры -гражданские, уголовные, административные или решаются

Верховным судом, или по меньшей мере находятся в сфере его контроля. Заинтересованные лица могут во всех случаях обратиться непосредственно в Высокий суд или Суд короны. Конечно, оба эти суда стремятся избежать перегрузки, если возбуждаемое дело может быть без всякого ущерба рассмотрено нижестоящим судом, но именно они сами обладают дискреционным правом решать этот вопрос и, кроме того, могут в любой момент принять дело, рассматриваемое в другом суде, к своему производству. И Высокий суд, и Суд короны обладают всей полнотой юрисдикции, но под контролем Апелляционного суда и палаты лордов.

Суды высших инстанций свободны не только в выработке принятых норм, но и в установлении порядка своей деятельности. Правила деятельности Верховного суда (Rules of the Supreme Court) установлены не парламентом, а комиссией, в которой преобладали судьи.

Суды высших инстанций обладают достаточными средствами, чтобы заставить уважать свои решения. Они могут давать приказы служащим администрации (кроме слуг короны), что невозможно во Франции. За "неуважение к суду" они могут приговорить к тюремному заключению лицо, которое мешает нормальному ходу процесса (например, за опубликование данных по уголовному делу, которое находится на судебном рассмотрении), или лицо, действия которого свидетельствуют о нежелании выполнять судебные решения по определенным категориям дел.

334. Концентрация судебной власти. Важным фактором, свидетельствующим о наличии в Англии судебной власти, является концентрация правосудия в высших судебных инстанциях. До 1800 года в Вестминстерских судах насчитывалось максимум 15 судей, а в 1900 году их было 29. Все эти судьи жили в Лондоне, и здесь же проходили судебные заседания, хотя и существовала такая форма деконцентрации, как проведение судом королевской скамьи периодических выездных сессий -- ассиз,-- проводившихся в некоторых провинциальных городах. Английские адвокаты (барристеры) также были сосредоточены в Лондоне, и каждый из них должен был состоять в одной из четырех корпораций адвокатов, так называемых "ин-нах" (Грейс-инн, Внутренний Темпл-инн, Линколн-инн, Средний Темпл-инн).

Эта концентрация правосудия сегодня несколько поколеблена. Возросло число судей в высоких инстанциях; хотя выездные сессии отменены, возникло новое правило, позволяющее Высокому суду действовать как в Лондоне, так и в провинции. Суд короны имеется во всех основных городах Англии. Эта же тенденция характерна и для адвокатуры. Хотя барристеры должны по-прежнему принадлежать к одному из четырех

"иннов" и только здесь, в Лондоне, они могут получить разрешение на занятие профессией, тем не менее появляются местные коллегии адвокатов, члены которых имеют лишь эпизодические контакты со столицей.

Тенденции развития на современном этапе вызывают в традиционалистских кругах по разным основаниям известные опасения. Рост численностей судей, деконцентрация правосудия -- не отразится ли это фатальным образом на представлении о роли судебной власти, представлении, которому уже угрожает та новая роль, какую играет сегодня законодательство?

335. Отсутствие прокуратуры. В Англии нет прокурорских органов при судах. Наличие представителя исполнительной власти показалось бы англичанам несовместимым с автономией и достоинством судебной власти. Кроме того, статус прокурора, по их представлению, нарушает равенство обвинения и обвиняемого, которое должно быть в уголовном деле. Нет здесь и министерства юстиции, хотя многие и предсказывают образование такого органа. Автономия судебной власти проявляется и в способе обучения и отбора юристов, которые осуществляются органами, подконтрольными только судебной власти, а не доверяются университетам или иным учреждениям, независимым от суда. 2. Правило прецедента

336. Отличие от континентальной Европы. Во французском праве и в других романо-германских правовых системах принципы права всегда можно было найти в предустановленной совокупности норм: сначала таким источником был Кодекс Юстиниана, теперь ряд кодексов. Судебная практика в странах "писаного права" играет обычно второстепенную роль: не конкретные казусы, а законы имеют юридическую силу, провозглашает Кодекс Юстиниана. Судебные решения могут обладать известным авторитетом, однако они не рассматриваются, кроме чрезвычайных случаев, как фиксация норм права. В самом деле, независимо от судебной практики здесь уже сложилась вполне развитая правовая система.

Совсем иное положение в Англии, где никогда не признавался авторитет римского права, как это было на континенте. Общее право в Англии создано королевскими Вестминстерскими судами, это было право судебной практики. Судебная практика в Англии не только применяет, но и создает нормы права. Естественно, в этих условиях судебная практика приобретает иное значение, чем в континентальной Европе. Правила, содержащиеся в судебных решениях, должны применяться и в дальнейшем, иначе будет нарушена стабильность общего права и поставлено под угрозу само его существование.

Обязанность придерживаться правил, уже содержащихся в судебных

решениях, уважать судебные прецеденты вполне логично для права, созданного судебной практикой. Однако необходимость стабильности и прочности не всегда понималась одинаково, и фактически правило прецедента, обязывающее английских судей придерживаться решений, принятых их предшественниками, прочно укоренилось только с первой половины XIX века. До этого времени также заботились об обеспечении согласованности судебной практики и при решении дел тщательно сопоставляли фактические обстоятельства, но не выдвигая при этом принципа обязательного соблюдения прецедента.

Легалистская тенденция в XIX веке, выраженная во Франции школой экзегезов, привела в Англии к более строгой трактовке правила прецедента. Введение Актами о судеустройстве более четкой судебной структуры и повышение качества сборников прецедентов также в значительной степени способствовали внедрению этого правила.

337. Значение и пределы действия правила прецедента. Правило прецедента раскрывается доктриной следующими тремя достаточно простыми положениями: 1) решения, вынесенные палатой лордов, составляют обязательные прецеденты для всех судов; 2) решения, принятые Апелляционным судом, обязательны для всех нижестоящих судов и (кроме уголовного права) для самого этого суда; 3) решения, принятые Высоким судом, обязательны для низших судов и, не будучи строго обязательными, имеют весьма важное значение и обычно используются как руководство различными отделениями Высокого суда и Судом Короны.

Эти положения весьма упрощают проблему. В наши дни наметилась некоторая тенденция, не умаляя значения указанных правил, увеличить число исключений, которые в них содержатся, или более четко определить случаи, к которым они применяются.

До 1966 года считалось, что палата лордов строго связана своими прецедентами. Однако, как это явствует из торжественного заявления лорд-канцлера, сделанного в 1966 году, палата лордов на будущее отказалась от этого правила в случаях, когда особые соображения требуют поступить так в интересах правосудия. Палата лордов достаточно умеренно использовала это нововведение. Она отрицательно отнеслась к тому, что Апелляционный суд отказался следовать одному из своих решений, считая, что суд поступил так *per incuriam*, то есть по невнимательности.

Следует снова подчеркнуть, что обязательные прецеденты создают только решения, исходящие от высоких судов, то есть Верховного суда и палаты лордов. Решения других судов и квазисудебных органов могут

служить примером, но не создают обязательного прецедента.

338. Форма английских судебных решений. Чтобы понять, что же такое обязательный прецедент, надо рассмотреть, как составляются в Англии судебные решения. По форме они существенно отличаются от решений или приговоров французских судов.

Английское судебное решение, строго говоря, сводится к простому изложению принятого по спору решения: X должен уплатить такую-то сумму Y, договор, заключенный между X и Y, расторгнут, наследство X следует передать такому-то. Английские судьи не мотивируют свои решения (возможно, это считалось бы унижением их достоинства); они приказывают и не должны обосновывать своих приказов.

Однако в действительности английские судьи -- во всяком случае, в Высоких судах -- достаточно пространно излагают мотивы своих решений и делают это в свободной, рассуждающей манере, далекой от краткости и строгости изложения мотивов решения во французском суде. При этом судья нередко формулирует общие положения, выходящие за рамки данного дела. Все это имеет важное значение для техники различий.

339. Техника различий. Правило прецедента требует от английского юриста тщательного анализа ранее вынесенных судебных решений. В объяснениях судей, данных в обоснование решений, английский юрист должен различать, с одной стороны, то, что является необходимой основой решения, а с другой стороны, попутно сказанное, то есть то, что необходимо для решения. *Ratio decidendi* и составляет правило, которое включается в состав английского права и которого поэтому следует придерживаться в дальнейшем. То, что сказано попутно (*obiter dictum*), не имеет подобного значения; значение его заключается в подтверждении тех или иных принципов и зависит от престижа самого судьи, точности проведенного им анализа и от других обстоятельств.

340. Правило прецедента в праве справедливости. Основной областью применения правила прецедента в английском праве является общее право в точном значении этого термина. Право справедливости ставит другую проблему: правило прецедента могло быть признано полностью в этой области только после того, как право справедливости утратило свой первоначальный характер, перестало быть справедливостью в прямом смысле слова и стало комплексом норм права, дополняющих (или подкрепляющих) систему общего права. Действительно, в настоящее время существует весьма небольшое различие между способом применения правила прецедента в области общего права или права справедливости. Правило прецедента одинаково действует и там, и там. "Дискреционная"

власть, которой обладают английские суды в отношении применения норм права справедливости, не должна создавать иллюзий в этом вопросе: "дискреционная" власть судьи осуществляется так, как это предписывают многочисленные прецеденты.

341. Правило прецедента и закон (statute law). Правило прецедента применяется и в вопросах толкования законов (statute law). Для этого нет никаких оснований, и многие авторы критикуют такую практику. Результатом применения правила прецедента в данном случае является то, что положения английского закона тонут в конце концов в массе решений судебной практики, авторитет которых заменяет закон. Общий дух закона и цель его рискуют быть забытыми и утерянными в массе решений, каждое из которых разрешает лишь какой-либо частный вопрос. Способ применения английских законов судами в силу действия правила прецедента, в общем, разочаровал составителей новых законов. Поэтому администрация в ряде случаев пыталась взять в свои руки и применение этих законов, толкуя их, когда это необходимо. Контроль судов, разумеется, в этих случаях не отменяется, за редкими исключениями (например, известная оговорка Генриха VIII), но он фактически ограничивается контролем над административной процедурой, и никакие прецеденты, связанные с толкованием новых законов, не устанавливаются. Точно не известен авторитет, который органы административного разбирательства признают за своими решениями. Возможно, они близки по своему значению роли судебной практики во французском праве. Во всяком случае, здесь уже не идет речь о правиле прецедента, которое специально касается только решений, вынесенных английскими высшими судами.

342. Публикация прецедентов. Некоторое послабление в правило прецедента было внесено в связи с условиями, обеспечивающими публикацию судебных решений. При публикации делается определенный отбор: публикуется 75% решений палаты лордов, 25% решений Апелляционного суда и только 10% решений Высокого суда. Таким образом, вполне возможно отсеять те решения, которые не следует считать прецедентами. Огромный поток решений, способный затопить английских юристов и ослабляющий авторитет прецедента, следовательно, уменьшается.

343. Способ цитирования судебных решений. Английские судебные решения цитируются не так, как приговоры и решения судов во Франции. Правильный способ цитирования таков: Read v. Lyons (1947) A. C. 156. Рид-- истец. Лайонс--ответчик. Буква v., разделяющая эти имена,-- сокращенное "versus" -"против". Но когда цитируется дело, это слово

произносится не по-латыни, а по-английски, причем двояким образом: как "и" и как "против". Дальнейшие данные указывают, что решение помещено в сборнике "Law Reports" в серии "Appeal cases" (решения Апелляционного суда) в томе, изданном в 1947 году, на странице 156 и след.

344. Сборники судебной практики. Английские юристы хорошо знают значение буквенных сокращений, которые отсылают к различным сборникам судебной практики. Они расшифрованы в начале каждого тома "Законов Англии" Хэлсбэри.

Наиболее ходовые сборники сегодня -- это "Law Reports", состоящие из нескольких серий: одна -- решения палаты лордов и Судебного комитета Тайного совета, три другие -- соответственно решения трех судов, составляющих Верховный суд. Наряду с этим полуофициальным сборником довольно часто ссылаются на "All England Law Reports" и "Weekly Law Reports". Отдел II. Закон

345. Классическая теория закона. Вторым источником английского права наряду с судебной практикой является закон,-- закон в прямом смысле этого слова (statute? Act of Parliament) и различные подзаконные акты, принятые во исполнение закона (английские авторы объединяют их под общим наименованием: делегированное, или вспомогательное, законодательство). Как известно, в Англии нет писаной конституции, и то, что англичане называют конституцией, представляет собой комплекс норм законодательного, а еще чаще судебного происхождения, гарантирующих основные свободы граждан и призванных ограничить произвол власти. Сам парламент не знает иных ограничений своего всемогущества, кроме контроля со стороны общественного мнения, которое в этой стране, с ее демократическими традицией и духом, имеет реальное значение.

Классическая теория видит в законе (в строгом смысле этого слова) лишь второстепенный источник права. Согласно этой теории, закон привносит лишь ряд поправок и дополнений к праву, созданному судебной практикой. В нем следует искать не принципы права, а лишь решения, которые уточняют или подкрепляют принципы, выработанные судебной практикой. Созданные суверенным органом, представляющим нацию,-- парламентом, законы заслуживают полного уважения и должны в точности применяться судьями. Вместе с тем они только вносят некоторые исключения в общее право и, согласно поговорке *exceptio est strictissimae interpretationis* (исключения следует толковать строго ограничительно), должны толковаться ограничительно. Некоторые английские авторы дают характерные примеры такого двойного принципа толкования писаного

закона, когда, с одной стороны, требуется толкование буквальное, а с другой -- ограничительное. С этим тесно связана техника редактирования английских законов.

Главное, однако, заключается не в указанных примерах, весьма ярких, но носящих сами по себе исключительный характер, если оставить в стороне уголовное право. Главное -- то, что закон, согласно традиционной английской концепции, не считается нормальной формой выражения права, а всегда является инородным телом в системе английского права. Судьи, конечно, применяют закон, но норма, которую он содержит, принимается окончательно, инкорпорируется полностью в английское право лишь после того, как она будет неоднократно применена и истолкована судами, и в той форме, а также в той степени, какую установят суды. В Англии всегда предпочитают цитировать вместо текста закона судебные решения, применяющие этот закон. Только при наличии таких решений английский юрист будет действительно знать, что же хотел сказать закон, так как именно в этом случае норма права предстанет в обычной для него форме судебного решения.

Такова классическая теория закона, соответствующая английской традиции. Однако возникает вопрос: не нуждается ли она ныне в пересмотре?

346. Важность закона в наше время. В последнее столетие, и особенно после второй мировой войны, в Англии происходило интенсивное развитие законодательства. Появлялось все больше законов дирижистского толка, существенно модифицирующих старое право и создающих новый раздел в английском праве. Все эти законы, направленные на создание нового общества, как-то: законы в областях социального обеспечения, просвещения и здравоохранения или законы, регулирующие развитие экономики, транспорта, городов,-- так далеки от традиционной системы, что не может быть и речи о применении к ним традиционных английских принципов толкования. Закон о правовой комиссии 1965 года создал новый орган, которому было поручено изучить вопрос о требуемых реформах английского права. Одна из проблем, которую комиссия включила в программу своих работ,-- толкование законов'. Однако очень трудно изменить сложившийся взгляд судей и юристов на закон, и вряд ли можно ожидать, что издание новых технических правил что-либо здесь изменит.

347. Традиционное общее право и новое право. Таким образом, наряду с общим правом в Англии возникает система дополнительных норм права (в определенных областях), установленных законодателем или исполнительной властью, и эти нормы вполне можно сравнивать с

французским административным правом. Безусловно, в Англии не существует системы административной юрисдикции, обособленной от обычной юрисдикции. Судебная власть суверенно контролирует применение новых законов. Но как мы уже говорили, весьма возможно, что этот контроль будет ограничен и сведен лишь к проверке порядка рассмотрения администрацией споров без контроля за вынесенным решением по существу. Применяемое различными административными органами новое право вполне может образовать право администрации в отличие от права юристов, хотя только второй термин применяется сейчас. Именно это новое право часто более непосредственным образом интересует граждан (пенсионное право, право на социальное обеспечение и т. д.), более затрагивает экономику страны (хозяйственное право), чем право, применение которого остается целиком в руках юристов и традиционной юрисдикции.

Нельзя правильно оценить роль закона в Англии без учета этого нового элемента, значение которого в наши дни первостепенно. Можно в этой связи сказать, что закон в сегодняшней Англии играет не меньшую роль, чем судебная практика. Тем не менее английское право остается правом судебной практики по двум причинам: во-первых, судебная практика продолжает руководить развитием права в различных, весьма важных отраслях; во-вторых, привыкнув к вековому господству судебной практики, английские юристы до сих пор не освободились от влияния традиции. Для них норма права будет подлинной лишь тогда, когда она предстанет на фоне конкретного случая и окажется необходимой для решения спора. Эта приверженность к традиции и мешает английским законам занять такое же место, как законы и кодексы на Европейском континенте.

348. Способ цитирования законов. Обычно английские законы цитируются без указаний точной даты их издания, Сдается лишь их краткое название, предусмотренное специальной статьей в каждом законе. Например, Закон о местном управлении 1948. Статьи закона (sections) обозначаются буквой "S" и номером статьи. Части статьи обозначаются словом "sub-s" (sub-sections, подраздел).

Тексты законов можно найти в серии "Статуты" упомянутого выше "Law Reports" или же в сборнике "Статуты Англии" Хэлсбери. Наиболее важные законы и парламентские документы публикуются отдельными брошюрами, издаваемыми Н. М. Stationery Office в Лондоне. В Англии нет официального органа опубликования законов, подобного тем, какие существуют в других странах. Отдел III. Обычай

349. Всеобщий старинный обычай. Наряду с судебной практикой и законом существует третий источник английского права-- обычай (custom). Значение обычая весьма второстепенно и не идет в сравнение с основными источниками английского права.

Английское право не является правом обычным. Всеобщий старинный обычай королевства, на базе которого якобы и сложилось общее право, всегда был чистейшей фикцией. В Англии обычное право существовало только до возникновения общего права, которое могло заимствовать некоторые нормы местных обычаев, действовавших в те времена. Сам процесс создания общего права был направлен на разработку права судебной практикой на основе разума, с тем чтобы оно заменило право англосаксонского периода, основанное на обычаях.

350. Местные или торговые обычаи. В настоящее время обычай имеет весьма ограниченное значение в английском праве. Его роль не может быть значительной в силу давно установленного правила, согласно которому обычай можно считать обязательным лишь в том случае, если он имеет характер старинного обычая. Действующий до сих пор Закон 1265 года уточнил это условие, установив, что старинными считаются обычаи, существовавшие до 1189 года. Конечно, доказательств такой древности обычая в настоящее время не требуется, но обычай не будет считаться юридически обязательным, если будет доказано, что он еще не мог существовать в 1189 году.

Требование, чтобы обычай был старинным, касается только местных обычаев, на торговые обычаи (mercantile customs) оно не распространяется. Главным образом в этой области и действуют после поглощения торгового права общим правом юридически обязательные обычаи.

Практика последнего времени свидетельствует о том, что по разным поводам возникают новые обычаи. Однако их значение весьма незначительно, тем более что, как только обычай санкционируется законом или судебной практикой, он теряет характер обычая и вместе с тем гибкость, способность эволюционировать. Он превращается в законодательную норму или норму, созданную судом, и подпадает под действие правила прецедента.

351. Действительное значение обычая. С учетом всего вышесказанного значение обычая тем не менее нельзя недооценивать. Английское общество, как и всякое другое, регулируется не только правом. Обычай, хотя и не имеет большого значения в качестве источника права, играет определенную роль в жизни англичан и глубоко влияет даже на то, как право регулирует эту жизнь. Например, в конституционном плане Англия,

во многих аспектах строго юридически, является абсолютной монархией. Министры -- это слуги королевы, которые могут быть отозваны, когда она пожелает; военные корабли и публичные сооружения являются собственностью королевы; пенсии и даже жалованье чиновников даются им милостью Ее Величества. Английское конституционное право казалось бы абсурдным, если его излагать без учета конституционных обычаев, которым теоретически не придается юридический характер, но которые господствуют в английской политической жизни.

Та же картина и в области уголовного права. Теоретически вопрос о привлечении присяжных к рассмотрению дела решается судьей по его усмотрению. Однако обычай строго предписывает участие присяжных в определенных делах. Для француза такой сложившийся обычай -- право, англичанин же будет сомневаться в этом и предпочтет рассматривать такой обычай как сложившуюся практику (нечто аналогичное конституционному обычаю), которой никто не хочет пренебрегать, но которая, строго говоря, не является правом.

Общественная жизнь пронизана правилами поведения, которые традиционны и не вызывают сомнения. Эти конвенционные правила и сложившаяся на их основании практика не считаются источниками права, пока они не получают санкции судьи, хотя это подчас и отрицательно влияет на развитие и действие таких правил. Однако без их учета нельзя получить правильное представление о роли обычая в жизни страны. Отдел VI. Доктрина и разум

352. Открытая система и замкнутая система. Общее право первоначально основывалось на разуме, используя фикцию всеобщего старинного обычая королевства. До тех пор пока не сложились более точные нормы, придавшие большую стабильность общественным отношениям, разум был неисчерпаемым источником, к которому прибегали суды для восполнения пробелов в системе английского права.

Принцип здесь одинаков и для Англии, и для стран, где сложилась романская правовая система. Но есть одно очень важное отличие. В странах писаного права, где право является главным образом продуктом законодательства и нормы права носят общий характер, разум обычно ищут в рамках самого действующего права в процессе его применения и толкования. Наличие пробелов в праве признается с трудом. Разум играет более важную роль в толковании закона, чем в том, чтобы восполнять право. В английском праве, созданном судебной практикой, положение иное. Казуистический аспект права предполагает много пробелов, и разум признается вспомогательным источником права, призванным восполнить

эти пробелы. Техника толкования права заменяется техникой исключений, при помощи которой устанавливаются новые, более точные нормы, а не применяются уже существующие. Романо-германские правовые системы -- системы замкнутые, общее же право -- открытая система, где постоянно создаются новые нормы, основанные на разуме.

353. Юридические принципы. Это различие в подходе представляет интерес скорее с точки зрения теоретической, чем практической. Даже в странах, где право создано судебной практикой, имеется тенденция выдвинуть на первый план не разум как вспомогательный источник права, а юридические принципы, вытекающие из всего комплекса судебных решений. Разум используется в основном для того, чтобы признать эти принципы, которые и являются его наиболее ярким выражением.

354. Элементы рационального решения. Что же такое разум, о котором идет речь? Это разумное решение спора, когда по данному вопросу нет ни прецедента, ни законодательной нормы, ни обязательного обычая. Это прежде всего поиски решения, наиболее соответствующего нормам действующего права, а поэтому наиболее удовлетворительного, обеспечивающего порядок в сочетании со справедливостью, которая и составляет основу права. Поиск решения на основе разума не произвольный процесс. Необходимо прежде всего руководствоваться общими принципами действующего права, в чем играют определенную роль доктрина, а также, главным образом в Англии, попутные высказывания судей о праве (*obiter dicta*); имеют значение и судебные решения, не являющиеся прецедентами. Если бы в данной связи имели значение только обязательные прецеденты, то роль правосудия и справедливости была весьма ограничена.

Таким образом, мы видим, что, хотя теоретически разум играет вспомогательную роль, в действительности он имеет первостепенное значение. Заслуга общего права заключается в том, что оно в течение многих веков осталось, как говорится в Ежегодниках, "совершенством разума". Избегая опасности слишком строгого следования прецедентам, английские юристы, за исключением определенных периодов, придерживались утверждения Кока, что "разум -- это жизнь права, и общее право есть не что иное, как разум...". Однако разум не является каким-то неопределенным чувством справедливости конкретных индивидуумов; это разум в том виде, как он понимается судьями, заботящимися прежде всего о создании стройной системы права. Разум существует, как сказал Кок королю Якову I, чтобы запретить ему вмешательство в правосудие. Отдел V. Заключение

В странах континентальной Европы существует много ошибочных мнений и предрассудков относительно теории источников английского права, что вызывает необходимость сделать короткое резюме, чтобы исключить какие-либо кривотолки.

355. Обычай. Отбросим прежде всего столь распространенное мнение, что английское право--это право обычное. Такое мнение возникло у многих европейских юристов потому, что они придерживаются альтернативы: право может быть либо писанным, основанным на кодексах, либо неписанным и, следовательно, обычным. Английское право никогда не было обычным: это право судебной практики. Общее право действительно заменило английское обычное право, выражавшееся в существовании различных местных обычаев. Современное действие правила прецедента игнорирует понятие сложившейся судебной практики, родственное понятию обычая. Обязательный прецедент создается одним-единственным судебным решением, вынесенным определенным судебным органом.

356. Закон. Следует, далее, отбросить мысль, что законодательство в английском праве является источником права второстепенного значения. В настоящее время это уже неправильно. Правда, в Англии нет кодексов, но писаное право там есть, и почти такое же значительное и развитое, как на континенте. Законом вносится сейчас больше, чем дополнениями общего права. Существуют широкие сферы общественной жизни, применительно к которым основополагающие принципы правопорядка следует искать только в законе. Единственно правильным остается то, что английский законодатель не придерживается тех традиций, которым следует его европейский коллега; он плохо составляет нормы права общего характера. Правильно также и то, что английский юрист с трудом приспосабливается к технике законодательства. Английские законы более казуистичны, чем французские. Не может быть и речи о том, чтобы воспроизводить в них доктринальные формулы, подобно тому как использованы труды Потье во французском Гражданском кодексе. Англичане не воспринимают европейских правовых норм: они им кажутся часто просто общими принципами, выражающими какие-то пожелания морального порядка или устанавливающими скорее политическую программу, а не нормы права. Английский законодатель пытается находиться по возможности на уровне норм, созданных судебной практикой, так как только такие нормы считаются в английском праве настоящими нормами. С другой стороны, принципы, содержащиеся в законе, признаются английскими юристами и интегрируются в систему общего права, после того как они будут применены, переосмыслены и развиты судебной практикой.

357. Правило прецедента. Следует отбросить и третье представление, а именно о правиле прецедента как о применяющемся якобы автоматически, а тем самым парализующем развитие английского права. История опровергла этот взгляд: правило прецедента препятствует развитию английского права не больше, чем кодификация -- развитию европейского континентального права.

Правило прецедента не имеет иной цели, кроме одной: придать английскому праву определенные рамки, сохранив его традиционную структуру как права судебной практики. Если в XIX веке правило прецедента соблюдалось чрезвычайно строго, то только потому, что этого требовали условия того времени. В то же самое время и в аналогичных условиях во Франции превалировала школа экзегезов. Сейчас общественное развитие требует большей гибкости в силу ускоренного темпа трансформации, которой подвержено общество. На континенте смогли удовлетворить эти требования, сохранив кодексы, но установив более гибкие методы толкования. В Англии сохраняется правило прецедента, но в тех отраслях, где это необходимо, приспособляются к требованиям эпохи, разрабатывая новые доктрины и используя так называемую технику исключений. Развитие при этом шло достаточно быстро, хотя законодатель крайне редко вторгался в традиционные сферы общего права.

358. Техника исключений. Это основной технический прием английского права. Формирование английского юриста заключается в овладении данной техникой с тем, чтобы узнать все возможности, а также пределы ее использования. Положение сложилось такое же, как на континенте в отношении толкования закона. Не существует строгих канонов для толкования закона; должно быть развито определенное понимание, как и в какой мере можно прибегать к тому или иному методу толкования, какие шансы имеются для того, чтобы заставить суд изменить судебную практику. В Англии единственное отличие состоит в том, что никогда не говорят об изменении судебной практики, а лишь о новом развитии права путем применения техники исключений. Всякий "поворот судебной практики" в Англии исключается; правило прецедента -- это потребность права судебной практики. Фактически, используя технику исключений, в Англии приходят к нужным результатам, не колебля самого здания права, подобно тому как во Франции принимают новые решения, оставляя внешне неизменными старые кодексы.

Как и на континенте Европы, в Англии существуют отрасли, где нормы права более стабильны, и отрасли, где они менее стабильны.

Возможности развития могут быть ограничены или даже совсем заторможены на какой-то период определенным законом или новым судебным решением по какому-то отдельному вопросу. Многое зависит также от психологии судьи, который должен вынести решение по делу. В Англии есть "хорошие судьи", допускающие исключения и устанавливающие тем самым основы для дальнейшего развития права. Другие судьи (их большинство) более ограничены, консервативны; их задача -- сдерживать пыл своих более прогрессивных коллег.

Техника исключений тесно связана с английским понятием правовой нормы. При помощи исключений английские юристы пытаются все более и более ограничить сферу применения и содержание нормы, которая в своем первоначальном виде всегда кажется им чересчур общей. Не случайно правовая норма в английской концепции уже, чем во французской. Это естественно и необходимо в праве, созданном судебной практикой. Английская теория источников права -- логический результат этой концепции.

359. Доктрина. Несколько слов надо сказать и о доктрине. Значение доктрины недооценивается в Англии еще больше, чем на континенте, так как английское право меньше, чем на континенте, обязано ученым, а больше -судьям. Однако и здесь следует остерегаться окончательных формулировок. Англия -- страна, где некоторые, доктринальные труды, написанные, правда, судьями, получили квалификацию авторитетных книг (books of authority); произведения Глэнвилла, Литлтона, Кока имеют огромный престиж. Их изложение права своей эпохи имело в судах авторитет, равный авторитету закона во Франции.

После освобождения от формализма XIX века роль доктрины изменилась и возросла. Студенты-юристы в наше время, как правило, обучаются в университетах. Они изучают право, в большей мере слушая лекции или читая труды своих учителей, занимаясь по учебникам, чем знакомясь с работой юристов-практиков. Они получают знания в области материального права, в то время как процесс далеко не всегда преподается в английских школах права! Поэтому совершенно неизбежно возникает новое отношение к доктрине.

360. Разум. С особой очевидностью английское право предстает перед нами как продукт истории, если мы посмотрим на его категории и концепции, а также обратим внимание на особую роль судебной практики. "Жизнь права управлялась не логикой,-- писал Холмс,-- а опытом". Остережемся, однако, преувеличивать в этой связи, как иногда делают, различие между английским и французским правом. Романские системы

права не меньший результат истории, чем английское право, только история их другая. В ней большая роль принадлежит университетскому образованию, доктрине и законодательству, в результате чего структура права в странах континентальной Европы более системна и, может быть, более рациональна и логична, чем структура английского права. Но правда ли, что английское право более эмпирично и менее логично, чем романские правовые системы? Мы в этом серьезно сомневаемся. Между эмпиризмом англичан и логикой французов существует нечто среднее -- понятие, примиряющее их и являющееся центром обеих систем. Это понятие -- разум.

Конечно, английское право было создано и уточнено в ходе разрешения споров, переданных в королевские суды. Но когда эти суды рассматривали споры, не эмпиризм заставлял их принимать по каждому спору справедливые решения. Чтобы создать систему, ставшую общим правом, надо было каждый раз искать решение наиболее разумное, а определялись эти поиски желанием обеспечить единство судебных решений, что неизбежно заставляет обращаться к логике.

В Англии, как и во Франции, при всем различии путей формирования права всегда существовала одна и та же концепция основы права; право -- это прежде всего разум (*Lex est aliquid rationis*). Данная концепция была отброшена на континенте в XIX веке с торжеством доктрины правового позитивизма, когда слили воедино понятия "право" и "закон". Но в наши дни наблюдается тенденция к ее восстановлению. В Англии эта концепция сохраняется, так как там право считается плодом разума и его отличают от закона.

Нам кажется естественным прибавлять к слову "право" национальный эпитет (французское право, бельгийское право и др.), и многие сомневаются, существует ли право вообще. Мысль, что право -- это разум, вызывает у англичан в соответствии с традицией некоторое чувство наднациональности, или скорее вненациональности, права. Термин "общее право" применяется, как правило, без национального эпитета. В общем праве не хотят видеть систему национального права; оно--"общее наследство всех наций английского языка", призванное, как таковое, играть такую же роль, какую играло в континентальной Европе римское право до эпохи кодификаций'.

Практически, однако, существует различие между правовыми системами разных стран общего права. Мы увидим это при изучении права США.

Однако, заканчивая экскурс в английское право, нам хотелось бы

акцентировать идею вненационального права, основанного на разуме, которая характеризует общее право. Эта идея противоположна советской концепции права. Она -- основа, на которой достигается единство правовых систем западного мира, их независимости от произвольных национальных политик. Раздел второй ПРАВО США

361. Распространение английского права. Право, выработанное в Англии после нормандского завоевания и создания королевских судов, получило значительное распространение. Общее право стало одной из крупнейших правовых систем мира наряду с романской правовой системой и возникшей позднее социалистической системой.

Однако в процессе распространения общее право претерпело некоторые изменения, вызванные особыми условиями воспринимавших его стран. Эти изменения и дополнения различны в разных странах. Характер их зависит главным образом от прочности связей, сохранившихся между той или иной страной и Великобританией, от географических данных, от влияния местной цивилизации и от иных факторов.

В настоящей работе из всех стран, реципировавших .общее право, будет рассмотрено право США. Автор жалеет, что в рамках данной книги он лишен возможности проанализировать право других стран этой семьи.

#### Глава 1. ИСТОРИЯ ПРАВА США

362. Исторические сведения: принцип дела Кальвина. Первые английские поселения на территории современных США возникли в XVII веке: независимые колонии были созданы англичанами в Виргинии (1607 год), в Плимуте (1620 год), в Массачусетсе (1630 год) и Мэриленде (1632 год); колония Нью-Йорк, основанная голландцами, стала английской только в 1664 году; колония Пенсильвания, ранее принадлежавшая шведам,-- в 1681 году. 13 колоний были основаны в 1722 году.

Какому праву подчинялись эти английские колонии"? Ответ, данный на этот вопрос в Лондоне в связи с делом Кальвина в 1608 году, сводился к следующему: подлежит применению общее право Англии; обосновываясь на территориях, не освоенных цивилизованными нациями, английские подданные приносят с собой и общее право. Английские колонии в Америке попадают под это правило. Следовательно, в принципе подлежит применению общее право и вместе с ним -- английские законы, изданные до колонизации Америки и вносившие дополнения или изменения в общее право. Датой начала применения общего права во всех американских колониях считается, согласно Кенту, 1607 год, то есть дата образования первой колонии. Это положение, хотя и весьма спорное (так как до 1776 года не существовало никаких связей между различными колониями), как

будто получило всеобщее признание.

Принцип дела Кальвина, однако, содержит одно ограничение: общее право Англии применяется в колониях только "в той мере, в какой его нормы соответствуют условиям колоний".

363. Американское право в XVII веке. Если мы перенесемся в Америку XVII века, то увидим, что преобладало именно это ограничение, а не сам принцип дела Кальвина. Нормы английского общего права совершенно не соответствовали условиям жизни американских колоний.

Тесно связанное с архаической процедурой, требовавшей опытных практиков, общее право было неприменимо на территориях, где практически не было, несмотря на пестроту населения, никаких юристов и где вовсе не заботились о том, чтобы их пригласить или готовить. Кроме того, важнейшие нормы общего права были выработаны феодальным обществом и для феодального общества, то есть для общества такого типа, от которого американские колонии были далеки. Проблемы, которые вставали перед колонистами, были совершенно новыми проблемами, разрешить которые общее право не могло. Кроме того, общее право вовсе не нравилось колонистам: в большинстве случаев они вынуждены были эмигрировать из-за преследования и отнюдь не видели, подобно английским юристам, в общем праве бастиона свободы личности. Вследствие всего этого в Америке не знали общего права; по выражению Паунда, "незнание -- основной фактор формирования американского права".

Что же фактически применялось в Америке? Если оставить в стороне отдельные распоряжения местных властей, то можно сказать, что практически действовало довольно примитивное право, созданное в некоторых колониях на основе Библии. Повсюду была широко распространена свобода судейского усмотрения. Как реакция на произвол судей в различных колониях предпринимались попытки кодифицировать право, но примитивные кодексы, составленные в период с 1634 (в Массачусетсе) по 1682 год (в Пенсильвании), ничего общего не имели с современной техникой кодификации. Основным интерес представлял не содержание, а сам дух и цель этой кодификации. Американские колонисты XVII века благожелательно относились к писаному праву в отличие от англичан, которые в тот же период видят в законе опасность произвола и угрозу своим свободам. Таким образом, с самого начала мы видим расхождение точек зрения англичанина и американца и ориентацию американцев на формулы, которые не в фаворе у английских юристов.

364. XVIII век. Положение меняется в XVIII веке с улучшением

условий жизни колонистов, с изменением их экономики и взглядов. В колониях ощущается потребность в более развитом праве. На общее право начинают смотреть по-иному: во-первых, потому, что оно может быть использовано для защиты от королевского абсолютизма, и, во-вторых, потому, что в нем видят связующее звено между всем, что есть английского в Америке, против угроз, идущих от французских колоний -- Луизианы и Канады. Вместе с тем масштабы применения общего права по-прежнему оставались объектом сомнений и споров; юристов по-прежнему не хватало, и судья с юридическим образованием был редкостью. Возникает течение в пользу более широкого применения общего права; американские суды выражают свое намерение применять различные английские законы (например, Закон 1677 года о мошенничестве); в Филадельфии в 1771--1772 годах были изданы комментарии Блэкстона.

365. Независимость Америки. Независимость, провозглашенная в 1776-м и окончательно установленная в 1783 году, создала для бывших английских колоний, ставших Соединенными Штатами Америки, совершенно новые условия. Французская угроза, несколько уменьшившаяся в результате аннексии Канады Англией в 1763 году, полностью исчезла с приобретением Соединенными Штатами Америки Луизианы в 1803 году. Франция стала для США другом и союзником, а все враждебные настроения были обращены против Англии. После завоевания политической независимости возникла и стала популярной идея самостоятельного американского права. Республиканские идеалы и идеи национального права обусловили благоприятное отношение к кодификации. Казалось нормальным, что Декларация прав и Конституция США (провозглашенная 17 сентября 1787 года) будут дополнены кодексами. Территория Нового Орлеана, выделенная из бывшей Луизианы, могла явиться примером в этом отношении, так как после вступления в Союз в Новом Орлеане были приняты кодексы французского типа, в том числе и Гражданский кодекс (1808 год). В 1811 году Бентам предложил свои услуги президенту Мэдисону для составления кодекса США.

До середины XIX века можно было сомневаться относительно исхода борьбы, которая велась в Америке между сторонниками общего права и приверженцами кодификации. В Массачусетсе в 1836 году законодательная комиссия потребовала составления кодекса; Конституция штата Нью-Йорк 1846 года предусматривала составление систематизированного кодекса, включающего все право штата. Еще в 1856 году историк английского права Генри Мэн предсказывал успех романо-германской правовой системы в США. Многие обстоятельства, казалось, говорили в пользу этого; ряд

штатов после провозглашения независимости запретил ссылаться на английские судебные решения, вынесенные после 1776 года; к Союзу было присоединено много территорий, где действовало, во всяком случае теоретически, французское или испанское право и не существовало никаких традиций общего права. Кроме того, Америку населяли толпы новых иммигрантов, приехавших из стран, где общее право не было известно, и в которых, как, например, в Ирландии, не любили все английское. Труды Потье и Дома были переведены и изданы в США; возникло мощное движение, требующее кодификации американского права, связанное в Нью-Йорке с именем Дэвида Дедлея Фильда. Этому деятелю удалось добиться принятия в ряде штатов уголовных, уголовно-процессуальных и гражданско-процессуальных кодексов.

366. Триумф общего права. Однако Соединенным Штатам Америки суждено было остаться системе общего права, за исключением территории Нового Орлеана, ставящего в 1812 году штатом Луизиана. Другие территории, присоединившиеся к Союзу, могли теоретически подчиняться французским, испанским или мексиканским законам. Однако фактически эти законы там были неизвестны, и поэтому в Техасе (с 1840 года) и в Калифорнии (с 1850 года) в принципе было адаптировано общее право Англии, а прежние традиции были сохранены только для нескольких институтов (брачный режим, земельный режим). Повсюду утвердились концепции, которые ранее применялись в бывших английских колониях, а они были тесно связаны с общим правом.

Причины триумфа общего права не требуют особого объяснения. Прежде всего это триумф традиции. Английский язык и английское происхождение населения страны сохранили США в семье общего права. Этому способствовали труды некоторых юристов, среди которых прежде всего следует назвать Кента, с его комментариями (1826-- 1830 годы), и Стори. Вспомним также и о влиянии некоторых школ права, которые, правда, получили настоящее распространение только после Гражданской войны (1861--1865 годы), но которые сразу после завоевания независимости способствовали формированию юристов благодаря системе обучения, основанной на общем праве.

Общее право безоговорочно победило в США. Законы большинства штатов прямо оговорили, что общее право по, состоянию на определенную дату является действующим правом. В других штатах обошлись без такого уточнения.

Конфликт между романо-германской правовой системой и общим правом, который возник в стране после завоевания независимости и

продолжался более полувека, не был бесплодным. Он значительно способствовал тому, что общее право США приобрело специфический, отличающийся от общего права Англии характер. США остались страной общего права в том смысле, что там, в общем, сохраняются концепции, способ мышления и теория источников английского права. Однако в системе общего права право США занимает особое место; оно имеет черты, придающие ему оригинальность и часто сближающие его с романо-германской правовой системой, притягательную силу которой право США испытало в определенный период своей истории.

367. Причины отличия. Триумф общего права в США пришел трудным путем и не был полным. Многие нормы общего права никогда не применялись в США" так как они были неприемлемы в условиях Америки. Часть норм английского права не действовали в США в силу того, что они созданы не судами; раз и навсегда было установлено, что законы, принятые парламентом, будут применяться вне Англии только по специальному решению парламента.

Наиболее важно отметить, что в Америке было воспринято английское право, которое действовало в Англии в ту эпоху, когда Англия господствовала над Америкой, то есть до 1776 года. Вопрос о применении в Америке более поздних норм никогда даже не вставал. Изменения, происшедшие в английском праве после 1776 года, не обязательно отражались в праве США. С момента возникновения американского суверенитета развитие английского и американского права шло в принципе независимо. Чтобы убедиться в этом, достаточно проследить эволюцию английского права после 1776 года и развитие американского общества после той же даты. Англия и современное английское право глубоко отличаются во многих аспектах от Англии и английского права XVIII века. Америка тоже не осталась неизменной. Даже с чисто географической точки зрения нет тождества между 13 колониями, провозгласившими свою независимость, и современными США. Страна, насчитывающая 220 миллионов жителей, с мощной индустриализацией, самая богатая держава мира, не имеет ничего общего с прибрежной территорией, где насчитывалось менее 3 миллионов жителей, завоевавших свою независимость 200 лет назад. Образ жизни, способ мышления, экономические условия ставят совсем другие проблемы, чем это было в колониальную эпоху и в европейской среде, к которой принадлежит Англия. Право США не может быть английским правом, оно отделено от английского права всем тем, что отделяет образ жизни и цивилизацию Америки от образа жизни и цивилизации Англии.

368. Английское влияние. Вместе с тем Англия долгое время являлась моделью для американских юристов. Развитие, достигнутое Англией в экономическом и культурном отношении, и отставание американских университетов и доктрины заставляли судей США строго руководствоваться этим образцом, согласовывать развитие американского права с развитием права английского, хотя это и не было обязательным. Поэтому можно наблюдать некоторый параллелизм в развитии английского и американского права. С некоторых точек зрения можно даже утверждать, что по мере того, как условия жизни в США сближались с условиями жизни в Европе, американское право стало более близким к английскому праву, чем в колониальную эпоху.

Структурные реформы, осуществленные в английском праве в течение XIX века, нашли в общем виде отражение и в США. В различных штатах, как и в Англии, отбросили старинные формы исков и приняли значительно менее формальную процедуру, которая позволила юристам уделить больше внимания материальному праву, а не отправлению правосудия. Соотношение между общим правом и правом справедливости также было пересмотрено, в результате чего в большинстве штатов был ликвидирован дуализм юрисдикции общего права и права справедливости. Наконец, в различных штатах выявилась тенденция в пользу определенной рационализации. Как и в Англии, здесь старались очистить право от архаичных решений и норм, пытались сделать право более доступным, систематизируя нормы права по отраслям путем их консолидации.

Развитие, начавшееся в XIX веке, продолжалось и в XX веке. С другой стороны, в XX веке в США, как и в Англии, появилась новая тенденция. Право перестали рассматривать только как средство разрешения споров, все более и более оно стало представлять в глазах граждан и самих юристов орудие, способное создать общество нового типа и именно для этого предназначенное. Развивается как в общенациональном масштабе, так и в каждом штате ранее неизвестная "административная власть" наряду с тремя традиционными властями: законодательной, исполнительной и судебной.

Общие черты развития английского и американского права говорят, таким образом, об их сходстве, которое не вызывает сомнений.

369. Оригинальность американского права. Обе системы права, однако, никогда полностью не совпадали. Различие между английским и американским правом первоначально объяснялось невозможностью применять в Америке английское право. В настоящее время различие или даже "противоположность" этих систем вызывается, если абстрагироваться

от национального суверенитета, целым комплексом довольно сложных факторов, которые в различных планах делают США и американцев государством и ' нацией, глубоко отличающимися от Англии и англичан. Англия -- это европейский остров; США -- континентальный массив, не зависящий от своих непосредственных соседей. Англия -- страна традиций; США, гордые своими предками, сбросившими иго колониализма и тем самым создавшими новую родину для иммигрантов многих рас, отвергают слишком древние традиции, Англия -- монархия, ее политический режим парламентарного типа; США -- республика, имеющая президентский режим. Англия всегда была очень централизованной в вопросах отправления правосудия; США -- государство федеральное, в котором необходимо примирять общенациональные интересы и партикулярные интересы штатов. Есть серьезные различия и в экономической структуре обеих стран. Их население, различное по количеству, различно и по своему этническому составу, по вероисповеданию, образу жизни и настроениям. Американский образ жизни не является идеалом для англичан; система образования в США иная, чем в Англии; даже язык американцев имеет тенденцию отделиться от английского языка.

Поскольку страна столь отлична от Англии, то, разумеется, проблемы в ней возникают и решаются иначе, чем в Англии. Американское право развивалось под воздействием иных факторов и потому глубоко отличается от права английского. Но дело не ограничивается различием норм права. Различие идет дальше, оно охватывает понятийный фонд и структуру права. Американские юристы профессионально организованы не так, как английские юристы; американское отношение к праву отличается от английского; даже теория источников права практически неодинакова в США и в Англии.

Разумеется, нельзя преувеличивать все эти расхождения. При всем том обе правовые системы имеют общую основу, и это очень существенно и, во всяком случае, достаточно для того, чтобы американцы сами без всяких колебаний считали себя членами семьи общего права. Но стоящая за этим чувством реальность говорит о диверсификации двух правовых систем. Если американскому юристу с высшим образованием не так уж сложно понять английское право, то английскому юристу не очень легко разобраться в американском праве; для изучения этого права ему потребуется определенная подготовка. Глава II. СТРУКТУРА ПРАВА США

370. Право США и английское право. Право США по своей структуре относится к семье общего права. В Англии и США -- одна и та же общая концепция права и его роли; в обеих странах существует, в общем, одно и

то же деление права, используются одни и те же понятия и трактовка нормы права. Категории "общее право", "право справедливости", "доверительная собственность" понятны и естественны как для английских, так и для американских юристов. Для американского юриста, как и для английского, право -- это только право судебной практики; нормы, выработанные законодателем, как бы многочисленны они не были, несколько смущают юристов, которые не считают их нормальным типом норм права; эти нормы по-настоящему входят в систему американского права лишь после того, как они будут неоднократно применены и истолкованы судами, когда можно будет сослаться не на сами нормы, а на судебные решения, их применившие. Если нет прецедентов, американский юрист охотно скажет: "По этому вопросу право молчит",-- даже если существует совершенно очевидная норма закона, относящаяся к данному вопросу.

Право США, следовательно, в целом имеет структуру, аналогичную структуре общего права. Однако только в целом; стоит приступить к рассмотрению той или иной проблемы, как выявляются многочисленные структурные различия между американским и английским правом, многие из которых действительно существенны и не могут сбрасываться со счетов.

Следует особо изучить одно существенное различие, так как оно является основополагающим,-- различие, которое имеется в США (его нет в Англии) между федеральным правом и правом отдельных штатов. Прежде всего рассмотрим, что же скрывается за этими понятиями. Затем познакомимся с другими различиями между английским и американским правом, которые имеются в классификации, концепциях и терминологии.

#### Отдел I. Федеральное право и право штатов

371. Двойной аспект проблемы. США в отличие от Англии являются федеральным государством, в котором неизбежно возникает основной вопрос: о соотношении компетенции федеральных властей и властей штатов.

Этот же вопрос в области права возникает в двойном аспекте в связи с концепцией права, господствующей в странах общего права. Прежде всего по каждому вопросу Приходится выяснять, в ведении чьих законов и регламентов он находится -- федеральных властей или властей штатов. Этот вопрос возникает во всех федеральных государствах. Он понятен и юристам романской правовой семьи. Но в США он возникает и в другом аспекте, более трудном. Определить, в каких областях может законодательствовать конгресс США или устанавливать регламенты федеральная администрация, не значит исчерпать данную проблему в

стране, где в праве не видят продукт прежде всего законодательного творчества. Право в США, как и в Англии, понимается как право судебной практики, основанное прежде всего на прецеденте и разуме. Законы и регламенты рассматриваются по традиции только как дополнения или коррективы к корпусу норм, ранее существовавших, то есть к системе общего права в узком смысле.

Тогда неизбежно возникает еще один вопрос: существует ли это общее право в рамках федерации или в рамках штатов? Иначе говоря, имеется ли общее право США (федеральное общее право) или общее право штата? Вопрос, как мы увидим, очень интересный, ибо он помогает уточнить метод понимания самого понятия права и общего права в странах английского языка.

372. Принцип: законодательная компетенция штатов. По каким же вопросам может законодательствовать конгресс США и когда вправе издавать подзаконные акты иные федеральные власти, какие вопросы относятся к компетенции "законодательных" и исполнительных властей штатов?

Десятая поправка к Конституции США, принятая в 1791 году, совершенно ясно разрешила этот вопрос: "Полномочия, не предоставленные настоящей Конституцией Соединенным Штатам и пользование которыми не возбранено отдельным штатом, остаются за штатами или народом". Этот принцип действовал всегда: законодательство относится к компетенции штатов; компетенция федеральных властей--исключение, которое всегда должно основываться на определенной статье Конституции.

Не следует удивляться установлению такого принципа. Вполне естественно, что он был выдвинут на следующий же день после завоевания Соединенными Штатами Америки своей независимости.

До Войны за независимость 13 колоний существовали совершенно самостоятельно одна от другой и имели мало общего по своему происхождению, по составу населения и его вероисповеданию, по экономической структуре и интересам. Не существовало между ними до революции и политических связей, помимо их общей связи с метрополией, или общих политических институтов.

373. Остаточная компетенция. Существенно, что даже по тем вопросам, по которым законодательствует конгресс, штатам предоставлена известная компетенция. Это так называемая, остаточная компетенция. Штатам разрешается законодательствовать по этим вопросам, но им запрещается принимать положения, идущие вразрез с нормами

федерального права. Зато им не возбраняется дополнять федеральное право или восполнять имеющиеся в нем пробелы. Наряду с федеральными налогами существует фискальное право в каждом штате.

Конгресс США воздерживался от издания законов по многим входящим в его компетенцию вопросам. Напомним, что в странах общего права сдержанно относятся к кодификациям и, хотя конгресс мог регламентировать внешнюю торговлю или торговлю между штатами, в США нет федерального закона, который регламентировал бы такие важные для этой сферы вопросы, как ценные бумаги, купля-продажа, торговые товарищества, конфликт законов. По трем из этих вопросов были изданы законы в штатах, восполнившие пробел. Что же касается четвертого -- конфликт законов,-- он остался в ведении общего права. До принятия закона 1938 года федеральные суды не имели даже правил, определяющих порядок их собственной деятельности (кроме Верховного суда США). Считалось, что федеральные суды должны применять процедуру, установленную правом отдельных штатов для своих судов.

Принцип остаточной компетенции штатов имеет определенные границы. Даже в отсутствие федеральных законов штаты не могут законодательствовать вразрез с духом Конституции и препятствовать торговле между штатами. И в других случаях также признавалось, что закон штата считается неконституционным, даже когда он не противоречит федеральным нормам, если отрасль, к которой он относится, подлежит регламентации исключительно федеральным правом.

374. Проблема общего права. Для того чтобы уяснить соотношение между федеральным правом и правом отдельных штатов, недостаточно знать установленный Конституцией принцип, гласящий, что федеральные законы могут приниматься только по определенным вопросам. Недостаточно также для более конкретного изучения вопроса знать, в каких же областях действительно существуют федеральные законы и регламенты. Право США в принципе, как и английское право,-- право судебной практики; его нормы устанавливаются судами, а принципы складываются на основе этих норм. Именно в этом суть права в глазах юристов США. Что же такое общее право в США? Существует ли национальное общее право, единое для всех штатов, или существует свое общее право в каждом из штатов?

С первого взгляда может показаться, что эта проблема решается достаточно просто. Конституция определяет круг вопросов, отнесенных к законодательной компетенции конгресса. Следовательно, в этой сфере действует и федеральное общее право; в других же сферах общее право

может отличаться от штата к штату. Однако на пути этого простого решения встает ряд препятствий.

Во-первых, как уже отмечалось, конгресс нередко не реализует предоставленные ему законодательные полномочия и штаты в этих случаях могут использовать остаточную компетенцию, то есть издавать соответствующие законы. Возникает вопрос, не следует ли наряду с законодательными органами штата наделить и его судей полномочием создавать в этой ситуации нормы права.

Во-вторых, трудности обусловлены судебной организацией, существующей в стране, где наряду с федеральной судебной системой каждый штат имеет и свою иерархию юрисдикции. При этом компетенция обеих систем основана не на том принципе, по которому разграничивается законодательная компетенция конгресса и легислатур штатов. В федеральной юрисдикции находятся и споры по таким проблемам, которые не входят в законодательную компетенцию конгресса. Это дела, где стороны принадлежат к разным штатам, а сам спор достаточно важен. Очевидно, в этой ситуации федеральные суды будут чувствовать себя свободными в своей судебной практике даже тогда, когда рассматриваемые дела относятся к сферам, отнесенным к компетенции не федеральных властей, а штатов.

К этим двум усложняющим обстоятельствам добавляется и еще одно, уже психологического порядка. Хотя штаты сохраняют в США важные позиции, несомненно, что у американцев сегодня доминирует чувство принадлежности к стране в целом; они чувствуют себя гражданами США, а не Калифорнии или Индианы. Могут ли в этих условиях судьи и юристы согласиться с тем, что общее право различно в пятидесяти штатах, составляющих Союз?

375. Отсутствие федерального общего права. Акт о судоустройстве 1789 года. Казалось бы, что федеральный Акт о судоустройстве, изданный в 1789 году, рассеял сомнения по этому вопросу. Акт предписал федеральным судам применять по вопросам, не регламентированным федеральным законом, "законы" ("the laws") того штата, к которым отсылает коллизионная норма, действующая там, где федеральный суд рассматривает дело. Это предписание как будто четко говорит, что там, где не действует федеральный закон, должно всегда применяться право штата. Тем не менее возникли сомнения по поводу того, как надо понимать термин "the laws", использованный в Акте о судоустройстве 1789 года. Было очевидно, что этот термин охватывает законы штата, исходящие от его легислатуры. Но включает ли он право, установленное судами штата в

случае молчания закона? Некоторые полагали, что федеральные суды, образующие самостоятельную систему, не связаны судебной практикой штатов и, рассматривая подсудные им дела, они вправе создавать в этой связи нормы федерального общего права.

376. Дело Свифта против Тисона (1842 год). Американская судебная практика по затронутому вопросу разноречива. Первоначально она решила вопрос в традиционном плане, утверждая возможность и обязанность федеральных органов в делах такого рода действовать на основе федерального общего права, а не в соответствии с общим правом какого-либо определенного штата. Эта доктрина, провозглашенная судьей Стори, была одобрена Верховным судом США в известном решении по делу Свифта против Тисона (1842 год). По делу надо было установить, мог ли держатель векселя воспользоваться правилом безоговорочности векселя, поскольку он приобрел его возмездно. Вексель был индоссирован в его пользу одним из его должников. По праву штата Нью-Йорк было весьма сомнительным наличие в этом случае встречного удовлетворения. Судья Стори решил, что такое "встречное удовлетворение" имело место с точки зрения общего права всей страны.

377. Критика этой доктрины. Однако это решение не получило всеобщего признания и даже в ограниченном понимании оно вызвало много возражений. И действительно, оно вело к весьма шокирующим выводам и в конституционном, и в практическом планах, в частности к неоправданному дуализму судебных решений, которые могли оказаться различными в зависимости от того, куда обратился истец--в судебный орган штата или в федеральный суд. Ситуация еще более усугублялась тем, что одна из сторон во многих случаях могла создать условия, допускающие или исключающие обращение в федеральный суд,-- для этого достаточно было переменить местожительство, что не представляет трудностей. В плане конституционном ясно, что, предусматривая федеральную юрисдикцию в случае разного гражданства тяжущихся, авторы Конституции стремились обеспечить равенство для сторон, являющихся гражданами различных штатов; однако они не имели в виду способствовать созданию федерального права вне пределов законодательной компетенции конгресса. Введение понятия федерального общего права противоречит духу Конституции; признается факт превосходства федеральных властей (имеются в виду судебные власти) в тех вопросах, которые Конституция стремилась сохранить в компетенции штатов. 378. Железнодорожная компания "Эрие" против Томпкинса (1938 год). Решение 1938 года по делу железной компании "Эрие" против Томпкинса направлено против

понятия федерального общего права. Обстоятельства дела следующие.

В штате Пенсильвания некто Томпкинс шел ночью по тропинке вдоль железнодорожного пути. Прошел товарный поезд. Томпкинс был отброшен на землю и ранен -- по всей вероятности, открытой дверцей одного из вагонов. Поезд принадлежал названной железнодорожной компании, зарегистрированной в штате Нью-Йорк. Томпкинс возбудил иск о возмещении убытков в федеральном суде южного округа этого штата. Не было сомнений в том, что этот суд должен решать дело согласно "законам Пенсильвании" в силу ст. 34 Акта о судеустройстве 1789 года. Железнодорожная компания в этих условиях заявляла, что, согласно судебной практике Верховного суда Пенсильвании, Томпкинс не имеет права на возмещение убытков; его самого следует считать правонарушителем: он не имел права ходить по тропинке, принадлежащей компании, и поэтому причинение вреда произошло лишь по вине самого Томпкинса. Томпкинс оспаривал это положение. Он выдвигал следующий аргумент: так как Акт о судеустройстве 1789 года обязывает федерального судью применять "законы Пенсильвании", это положение следует толковать как имеющее отношение только к писанным законам штата Пенсильвания. За отсутствием закона по данному вопросу федеральный судья должен применять федеральное общее право США, а не судебную практику (общее право) штата Пенсильвания. Окружной, а затем и Апелляционный суд приняли эту аргументацию и решили, что в случае отсутствия писаного закона федеральные суды должны применять федеральное общее право и могут не принимать во внимание нормы общего права Пенсильвании.

Верховный суд США, в который была подана жалоба, отменил вынесенное решение и направил дело в Апелляционный суд Третьего округа, чтобы он рассмотрел дело по общему праву Пенсильвании. "За исключением вопросов, регулируемых федеральной Конституцией или законами конгресса,-- заявил судья Брандейз, выражая мнение большинства членов суда,-- право, которое следует применить в тех или иных случаях, является правом отдельного "штата. Вопрос о том, сформировано ли это право парламентом штата в законодательном акте или в решении Высшего суда штата, не касается федеральных властей. Федерального общего права не существует". Верховный суд США с 1938 года часто имел возможность утверждать и применять принцип, сформулированный в рассмотренном выше деле Томпкинса: этот принцип в настоящее время твердо укоренился в американском праве, несмотря на многие трудности, которые он вызвал.

379. Исключения: сферы, входящие в исключительную компетенцию федерального права, "федеральное общее право не существует". Эта

формула, подтвержденная в решении по делу "Железнодорожная компания "Эрие" против Томпкинса", в свою очередь не является абсолютной. Федеральное общее право существует, поскольку речь идет о сферах, подпадающих под исключительную компетенцию федеральной законодательной власти.

Имеется, например, федеральный патентный закон и федеральный закон о фабричных марках. Считается, что в этих сферах федеральное право полностью "захватило территорию", исключив возможность вмешательства штатов. За пределами точного применения законодательных норм здесь возможно появление федерального общего права и, более того, оно может охватить также и некоторые смежные проблемы, например недозволенную конкуренцию.

Проблема более сложна, когда речь идет о сферах, где федеральная законодательная власть, обладая соответствующей компетенцией, тем не менее бездействует. Здесь создание судами норм федерального общего права допускаются лишь в порядке исключения. Тем не менее это происходит в некоторых областях, в частности в морском праве.

380. Важное значение права штатов и различия между ними. Таким образом к общему праву, как и к законодательному праву США, применим один и тот же принцип: компетенция не федеральных властей, а каждого из штатов.

Между правом разных штатов немало различий, подчас значительных, которые большей частью связаны с законодательными решениями, но бывают и следствием толкования общего права. Судебная система и организация управления меняются от штата к штату, равно как гражданский и уголовный процесс. Различны основания и условия развода, и в одних штатах установлен режим общности имущества супругов, а в других -- раздельный режим. Несовпадением норм отмечены право товариществ и фискальное право. От штата к штату меняется список наказаний, предусмотренных уголовным законом.

Как ни значимо федеральное право, в повседневной жизни наиболее важным для граждан и юристов остается право штатов. При этом необходимо знать не только право штатов, но и возможные расхождения между ними.

381. Основа права США -- его единство. Очень важно отдавать себе отчет в том, что при всех возможных различиях в праве штатов в основе своей право США едино. Это фундаментальное единство обусловлено рядом факторов институционального характера, но прежде всего оно результат состояния умов американского населения и юристов.

382. Институционные факторы. Остановимся на тех институционных факторах, которые не позволяют различиям между правом штатов нарушить единство американского права.

Первый из них--воздействие федерального права. С первого взгляда в распределении компетенции, установленном Конституцией США в 1787 году, произошло мало изменений. Эта Конституция, ограничившая полномочия федеральных властей, не претерпела значительных модификаций. К ней добавлено 26 поправок, из них десять первых (Билль о правах) в 1789 году и поправки XIII, XIV, XV сразу же после Гражданской войны. Именно эти пятнадцать поправок интересуют нас в рассматриваемой связи, ибо они сделали федеральные суды защитниками гражданских прав и свобод от федеральных властей, с одной стороны (поправки I--X), и от властей штатов--с другой (поправки XIII, XIV, XV).

Однако, помимо этих поправок, конституционное разделение полномочий между федерацией и штатами было существенно изменено Верховным судом США путем толкования, данного формулам конституционного текста и поправкам. В итоге этой интерпретации (к которой мы еще вернемся ниже), штаты обязали уважать некоторые общие принципы, что отразилось и в праве судебной практики, и в законодательном праве. Были предприняты и другие инициативы, направленные на то, чтобы обеспечить в разных сферах единообразие законов штатов. К этому вопросу мы вернемся ниже, при рассмотрении места закона среди источников права США.

383. Мышление юристов. Еще более важно, чем институционные факторы, мышление, которое господствует у американских юристов. Они охотно признают, что законы разных штатов в рамках некоторых общих принципов могут различаться. Однако они решительно не согласны с тем, что общее право в разных местах может интерпретироваться по-разному. Формула "федеральное общее право не существует" означает лишь, что федеральные органы неправомочны создавать такую систему и при отсутствии федерального закона должны применять право штата. Но она не означает, что право одного штата полностью автономно и чуждо праву других штатов. В США действует постулат, согласно которому единство является фундаментальной основой права страны и лишь на этой основе возможны варианты, вводимые законодателями различных штатов. Этот столь существенный постулат мышления юристов находит разные формы выражения.

Юридические труды, публикуемые в США, лишь в очень редких случаях посвящены праву какого-то одного штата. Сборники судебной

практики, энциклопедии, учебники, юридические журналы говорят, как правило, о "праве США", причем даже тогда, когда речь идет о таких аспектах права, которые, согласно теории, могут иметь место только на уровне штата.

Во многих случаях с правом штата трудно ознакомиться или же в подлежащем применению общем праве штата отсутствует соответствующий прецедент. В подобных случаях американский юрист, вполне естественно, учитывает решения, ранее принятые в других штатах. Они помогают ему увидеть нечто большее, чем наиболее разумно возможное разрешение спора. Они позволяют ему увидеть решение, которое должно быть дано спору, кроме тех случаев, когда имеются особые обстоятельства, которые влекут исключения.

Как изучаются те или иные вопросы в американской школе права? Базой для такого изучения являются решения, принятые в отдельных штатах. Проблема заключается в том, чтобы сгладить и примирить имеющиеся расхождения и сблизить решения. Никто никогда не относился к этой работе как к бесполезной и не считал, что достаточно констатировать необходимость применять в одном случае общее право штата Нью-Йорк, а в другом -- штата Огайо. Эти две системы могут быть и теоретически, и по Конституции различны; американский юрист исходит из постулата их общности. Если два решения противоречат друг другу настолько, что не могут быть примирены, то в данном противоречии не только видят показатель разницы, существующий между системами общего права соответствующих штатов, но и приходят к выводу (по крайней мере в школах, так как суды более сдержанны), что одно из этих решений вынесено правильно, а второе неправильно и его обоснование не должно иметь места в будущем не только в других штатах, но и в том штате, где оно в настоящее время представляет позитивное право.

384. Вывод. В итоге можно сказать, что в США нет федерального общего права. Однако надо скорректировать это положение. 50 систем общего права, имеющиеся в 50 штатах, теоретически действительно различны, но давно уже считается, что они стали или должны стать идентичными. Эта идентичность не создает концепции федерального общего права, но, так как большого различия между 50 системами права отдельных штатов нет и они считаются единообразными, тем самым признается единое право, по сфере своего применения являющееся федеральным правом.

В конце концов все, что было решено по делу компании "Эрие" против Томпкинса, сводится к тому, что направление судебной практики,

необходимое для восстановления гармоничного единства общего права в США, должно быть делом не федеральных судебных органов, а штатов. Именно на суды штатов возложена задача уточнения и развития американского общего права по тем вопросам, которые не входят в законодательную компетенцию конгресса. Унификация американского общего права должна осуществляться в форме сближения правовых систем 50 штатов, а не путем выработки федерального права.

385. Конфликт законов. Вопросы коллизии законов не урегулированы в США в федеральном плане: каждый штат имеет свою собственную систему их разрешения. Конечно, в этом вопросе, как и в других, имеется значительное сходство между системами различных штатов. Однако оговорка о публичном порядке может при этом по-разному пониматься в отдельных штатах, и это следует учитывать. Особенно с учетом получившей распространение доктрины о том, что традиционный коллизионный метод должен быть заменен прямыми поисками закона, в наибольшей степени соответствующего обстоятельствам спора<sup>2</sup>. Верховный Суд никогда не обнаруживал желания вмешаться в сферу коллизии законов путем выработки единообразных норм, хотя некоторые положения Конституции открывали перед ним такую возможность. В принципе каждый штат обязан признавать решения, принятые в других штатах, но этот принцип может натолкнуться на оговорку о публичном порядке. Закон Массачусетса, ограничивающий сумму возмещения, на которую может претендовать жертва несчастного случая на воздушном транспорте (а в случае смертельного исхода -- его наследники), был сочтен противоречащим публичному порядку в штате Нью-Йорк.

Следует сделать еще одно замечание по поводу коллизии законов, которое иллюстрирует, как понимается общее право в США и как относятся американские юристы к законам. Как применяется в одном штате общее право другого штата?

Судьи должны знать это право, излагать его содержание не требуется. А что же в отношении законов? Вновь появляется различие между отдельными штатами. Судьи обязаны знать только законы своего штата (и федеральные законы, конечно). Сторона, требующая применения закона другого штата, должна сообщить судье о наличии такого закона и изложить его содержание. Судья не может применять закон другого штата *ex officio*.

Развитие законодательства в настоящее время имеет тенденцию отменить это положение и разрешить судьям принимать во внимание законы других штатов *ex officio*. Однако эта тенденция связана с принципами, которые выходят за пределы изучаемого вопроса; по крайней

мере в некоторых штатах судьи действительно уполномочены применять *ex officio* законы государств, не входящих в состав США. Отдел II. Другие структурные различия

Другие структурные различия английского права и права американского имеют гораздо меньшее значение по сравнению с рассмотренными выше. Однако и этими различиями не следует пренебрегать, так как незнание их в ряде случаев может оказаться препятствием для взаимопонимания между английскими и американскими юристами.

386. Право справедливости в США. Отметим здесь, в частности, очень оригинальное распространение в США юрисдикции судов справедливости. Из-за отсутствия в США специальных судов, применяющих каноническое право, суды справедливости включили в сферу своей деятельности те вопросы, которые в Англии относились к церковной юрисдикции. Компетенция судов справедливости, по мнению американцев, необходима в тех случаях, когда право не предоставляет никаких средств для решения вопроса. Так, например, поскольку мужа и жену рассматривали как одно лицо, право не давало им возможности предъявлять иск друг другу. Поэтому концепция права справедливости получила в Америке распространение, которое вызывает удивление английских юристов, например, дела о признании недействительности брака рассматривались именно таким образом, пока не появился на свет соответствующий закон.

387. Конституционное и административное право. Конституционное и административное право также является отраслями, глубоко различающимися в Англии и США, так как различия конституционных принципов и политических институтов выявляют совершенно разные проблемы или серьезно изменяют основы этих проблем. Контроль судов за конституционностью законов существует в США, но не существует в Англии. Американское административное право предполагает важность изучения организации и функционирования различного рода комиссий - федеральных или отдельных штатов, которых или аналогичных которым не существует в Англии.

388. Другие сферы. Трудовое право также существенно отличается от английского. Американские профсоюзы -- это нечто иное, чем тред-юнионы в Англии. Глубоко различна в обеих странах и практика судов по трудовым делам.

- Право товариществ и банковское право США также отличны от английских. В Англии нет учреждения, подобного Комиссии по гарантиям и валютным расчетам, играющей в США важную роль. Реформы

процессуального права XIX и XX веков, проходившие в США, внесли существенное отличие в эту отрасль права в сравнении с английской.

Генеральный атторней США -- это министр юстиции, и лишь по наименованию он похож на английского генерального атторнея -- юриста, обслуживающего правительство. Американский генеральный атторней возглавляет прокуратуру (при каждом федеральном суде имеется прокурор) и может, в частности, всегда вступить в процесс в качестве *amicus curiae* (то есть лица, дающего заключение по правовым вопросам), если поставлена под сомнение конституционность федерального закона.

389. Юридическая терминология. Юридическая терминология в ряде случаев свидетельствует о различии двух правовых систем, а в ряде случаев, наоборот, маскирует это различие. Одна и та же концепция может быть выражена разными терминами, в то же время одни и те же термины могут иметь различные значения в Англии и в Америке. Иностранному юристу должно быть известно и не пользоваться английским правовым словарем при изучении тех или иных вопросов американского права'. Глава 111. ИСТОЧНИКИ ПРАВА США

390. Оригинальность американского права. Право США, как и английское право, -- это в основном право судебной практики. Данное положение, безоговорочно правильное в отношении структуры права и самого понятия нормы права, требует некоторых оговорок, если принять во внимание значение, которое имеют для права нашей эпохи соответственно законодательство и судебная практика. Развитие дирижистских тенденций в США, как и в Англии, влечет за собой рост значения закона; развитие права отныне в многочисленных и очень важных областях направляется законодательством. Однако этот феномен, относительно недавно проявившийся в Англии, не новость для США; он проявлялся в США в целой серии фактов, способствовавших после завоевания независимости укреплению роли писаного права. Наиболее важным из таких фактов является существование федеральной Конституции, созданной на базе Декларации прав -- основы основ американских институтов и публичных свобод в США. Отдел I. Судебная практика

391. Право США и английское право. При поверхностном рассмотрении кажется, что судебная практика (судебные решения) играет одинаковую роль в Англии и США. Однако это впечатление правильно только в отношении понимания права: юристы США, как и английские юристы, считают нормами права в собственном смысле слова только правила судебной практики, сформулированные в связи с конкретными делами. Если же посмотреть, какую роль играют судебные решения как

источники права, то можно отметить важные различия между английским и американским правом.

С точки зрения чистой юридической техники имеются серьезные различия между тем, как действует правило прецедента в Англии и как -- в США (в США это правило называется *stare decisis*). В отличие от английского Апелляционного суда и палаты лордов высшие суды США (Верховный суд США и верховные суды штатов) не считают себя связанными своими собственными прецедентами, что существенно меняет условия действия правила прецедента: Чтобы понять, как действует правило *stare decisis*, роль судебной практики в Америке и ее соотношение с другими источниками права, в частности с доктриной, очень важно учесть, помимо юридико-технической стороны дела, определенные условия, которые довольно глубоко отличают США и юридическую среду Америки от Англии и ее юридической среды. Мы рассмотрим эти различия, кратко рассказав в данной главе об американской судебной системе, юридической профессии в США, действии правила прецедента и о Своде прецедентов (*Restatement of the Law*), который был создан доктриной в целях их систематизации.

1. Судебная система 392. Федеральная юрисдикция и юрисдикция штатов.

Судебная система США включает, с одной стороны, федеральные суды, с другой -- суды штатов. В отличие от большинства федеральных государств, где федеральные суды имеются лишь на самом верху судебной иерархии, США создали иную систему: в федеральные суды можно обращаться во многих случаях по первой инстанции. Следовательно, в США существует две судебные системы, каждая из которых должна быть рассмотрена в отдельности, прежде чем речь пойдет об их соотношении.

393. Федеральные суды. Федеральные суды весьма разнообразны. Их можно подразделить на две группы. Первая группа -- традиционные федеральные суды (их можно назвать федеральными судами общего права). Эти суды действуют как окружные суды; их решения можно обжаловать в апелляционные суды, решения которых в свою очередь могут быть обжалованы в Верховный суд США. Существует около ста окружных судов, в которых работает около 400 судей; многие из судов имеют по несколько "отделений" и насчитывают до 20 судей. Судьи рассматривают дела, как правило, единолично; подготовительную работу к судебному заседанию осуществляют "комиссионеры", которые могут иногда рассматривать дела вместо судей. Окружные суды проводят заседания в разных частях своего округа, и в каждой из частей, на которые поделен

округ, должно быть по крайней мере одно судебное заседание в год. В США насчитывается 11 апелляционных судов (один из них действует в федеральном округе Колумбия, в котором находится столица федерации Вашингтон); в апелляционных судах работают около 80 судей; дела рассматриваются, как правило, коллегией из 3 судей, которые заседают в главных городах обслуживаемой ими части территории страны (апелляционный округ). Верховный суд США состоит из председателя и 8 членов суда, которые участвуют в разбирательстве всех дел. Приняты разнообразные меры для того, чтобы избежать обилия дел в Верховном суде. В большинстве случаев, чтобы Верховный суд принял к рассмотрению дело и вынес по нему мотивированное решение, надо предварительно получить от него особое разрешение, для чего требуется обратиться в суд с петицией, указав "особые и важные причины" обжалования. Верховный суд принимает в таком порядке небольшое число дел и ежегодно выносит решения по 100--120 делам. В большинстве случаев суд полагает, что по своему значению дело не заслуживает его вмешательства, и ограничивается соответствующими заявлениями об этом'.

Кроме этой системы, существуют специальные федеральные суды, учрежденные на основании различных законов: суды некоторых территорий и округов, суды, рассматривающие дела, связанные с ответственностью государства (Court of Claims -- Палата претензий), суды, рассматривающие налоговые, таможенные и патентные дела. Отметим также компетенцию некоторых административных органов, предоставленную им специальными законами, а также комитеты конгресса. Допускается обжалование решений всех этих судов и органов в один из "традиционных" федеральных судов: либо в окружные суды, либо непосредственно в Апелляционный суд, или даже в Верховный суд США. В США считается недопустимым (как и в Англии) оставить разрешение споров вне контроля (хотя бы теоретически) за принятыми решениями со стороны органов, представляющих судебную власть.

394. Судебная система штатов. Каждый штат имеет свою собственную судебную систему. Благодаря различиям штатов по количеству населения и по традициям трудно дать какую-либо общую картину. В одних штатах судебная система состоит из двух ступеней, в других (примерно в одной трети штатов) -- из трех. Суд, возглавляющий судебную систему, в 39 штатах называется Верховным судом, а в остальных штатах имеет другие наименования. Разнообразные специальные суды могут существовать как в области гражданского, так и в области уголовного права. Особые суды справедливости существуют в 10 штатах.

Судебная система штата Нью-Йорк после реформы 1962 года состоит из суда первой инстанции, который тем не менее называется "Верховный суд" и имеется в каждом графстве, и четырех "Апелляционных отделений Верховного Суда", куда можно обжаловать решения первой инстанции. Решение апелляционного отделения при определенных условиях можно обжаловать в Апелляционный суд, находящийся в столице штата Олбани. Кроме этих судов общего права, имеется широкая сеть низших судов: по наследственным делам; по искам к штату о возмещении вреда; суды по делам о преступности несовершеннолетних и другим делам, касающимся семьи; специальные суды для мелких дел (гражданский суд и уголовный суд города Нью-Йорк, суды графств, мировые суды и сельские полицейские суды).

395. Присяжные. Институт присяжных сохранил в США свое значение гораздо больше, чем в Англии. Это объясняется в основном тем, что о нем говорит Конституция США (VII поправка). Гражданин может требовать, чтобы спор рассматривался присяжными, если цена иска превышает 20 долларов и речь не идет о применении права справедливости. Невозможно прямо обойти эту конституционную норму; только окольными путями в США удалось добиться ограничения участия присяжных. Возникает вопрос, не имеют ли право лица, представшие перед судами штата, требовать, ссылаясь на XIV поправку, участия жюри. На этот вопрос был дан отрицательный ответ. Однако право многих штатов предусматривает достаточно широкое участие присяжных в рассмотрении дел.

Ежегодно более 100 000 дел рассматриваются в США с участием присяжных.

396. Соотношение между двумя судебными системами. Что касается соотношения федеральной судебной системы и судебной системы штатов, то здесь действует тот же принцип, что и при соотношении федерального права и права штатов: общее правило -- это компетенция судов штата; в федеральные суды можно обращаться только в тех случаях, когда Конституция США или закон конгресса, опирающийся на Конституцию, признают эти суды компетентными. Случаи признания за федеральными судами такой компетенции можно сгруппировать по двум признакам. Федеральные суды иногда признаются компетентными в силу характера спора (дела, затрагивающие Конституцию или федеральный закон). Иногда они признаются компетентными благодаря личности истца (дела, представляющие интерес для США или для иностранного дипломата, споры между гражданами разных штатов). В обоих случаях, чтобы дело относилось к компетенции федерального суда, цена иска должна быть не

менее 10 000 долларов. Применение этих принципов на практике вызывает большие сложности.

Возможность обратиться в федеральный суд, как правило, редко носит исключительный характер в том смысле, что по данному делу стороны могут также обратиться и в судебные органы штата. В этом случае допускается обращение в Верховный суд США с жалобой на решение, вынесенное последней инстанцией данного штата. Впрочем, Верховный суд принимает к рассмотрению такие дела, лишь если в них принципиально затронуты Конституция или федеральный закон. Когда же речь идет о делах, которые по первой инстанции не могут быть рассмотрены в ; федеральном суде, то решение, вынесенное высшим судебным органом штата, является окончательным и не может I быть обжаловано в Верховный суд США, который, таким 1 образом, ни в коей мере не играет роль, возлагаемую во Франции на Кассационный суд.

Около 95% дел рассматривается исключительно судами штатов. Однако следует иметь в виду, что политически важные дела -- о конституционности федеральных законов, дела, затрагивающие политические свободы, расовую проблему, связанные с применением антитрестовских законов,-рассматриваются, как правило, федеральными судами и попадают в последней инстанции в Верховный суд США. Каждый знает первостепенную (по-разному оцениваемую) роль, которую играл этот суд в истории США и которую он играет сегодня.

397. Децентрализация судебной власти. По сравнению с Англией важно отметить гораздо меньшую централизацию судебной власти в США. Английская юстиция сконцентрирована в Лондоне; только в Лондоне (исключения весьма незначительны) находятся высшие судебные органы. По причинам, как историческим, так и географическим, аналогичное положение не могло сложиться в США. Не только в каждом штате имеется собственная судебная система, но и многообразные федеральные суды существуют на всей территории страны, а не только в столице федерации. Концентрация судебной власти в Лондоне-- фактор, имевший решающее значение для выработки английского общего права. Распыленность (неизбежная) американской юстиции ставит проблемы, которые не возникают в Англии. Эта распыленность порождает более гибкие методы мышления в том, что касается авторитета судебных решений: наряду с главной заботой об охране престижа этих решений (как в Англии) появляется забота о единстве права, которой в Англии нет.

## 2. Американские юристы

398. Профессия юриста. В США, как и в Англии, существует общее

понятие юридической профессии (legal profession); всякая деятельность, связанная с этой профессией, осуществляется под контролем судов и не пользуется той свободой, которая допускается в отношении торговли и иных занятий. За исключением этого, в США и в Англии все различно: и способ обучения, и профессиональная организация юристов.

Требования, необходимые для работы в качестве юриста, различны в каждом штате. Тот, кто признается юристом (lawyer) в данном штате, может работать в качестве юриста только в этом штате, а также выступать в федеральных судах и в судах этого штата. Каждый юрист, получивший разрешение практиковать в данном штате, заплатив небольшую сумму, может быть записан в список адвокатов, которым разрешено выступать в Верховном суде США.

Для работы адвокатом в различных штатах требуется сдать экзамен, организуемый под контролем судов. Обладания университетским дипломом всегда недостаточно, но наличие диплома (в отличие от Англии) является в настоящее время необходимым требованием примерно в половине штатов.

399. Американские правовые школы. Правовые школы в США принимают только желающих практиковать профессию юриста. Они мало занимаются общей культурой своих слушателей; предполагается, что эта культура приобретена студентами до их поступления в правовую школу. Студенты до правовой школы посещают университетский колледж, в котором они проводят три или четыре года после окончания средней школы. Американский студент, изучающий право, ставит своей задачей получить в правовой школе знания, ориентированные на практику; он надеется выйти из этой школы способным к работе по своей профессии. Американская правовая школа дает профессиональную подготовку, и лишь некоторые учащиеся ориентируются на научные исследования.

Способ обучения в американских школах права, известный под названием case-method (обучения на конкретных делах) очень отличается от методов обучения во Франции или в Англии. Студент должен прочесть заранее определенное количество судебных решений или извлечений из статей; на занятиях под руководством преподавателя он излагает прочитанное, рассказывает о возникших у него вопросах и о существе дела, ставит вопросы по тем моментам, которые ему неясны. Преподаватель задает студенту вопросы, показывает слушателям соотношение изучаемой проблемы и сопутствующих проблем, изменяет обстоятельства дела, чтобы студенты увидели и поняли, как в этом случае должно измениться и решение. Вся группа участвует в дискуссии, ставя вопросы и излагая свое мнение. Метод чтения лекций используется лишь в исключительных

случаях. Case-method дает очень хорошие результаты в американской среде, где студент ни в коей мере не робеет перед преподавателем и где правовая школа имеет характер технической профессиональной школы. Этот способ обучения критиковали тем не менее за то, что он чрезмерно сконцентрирован на судебных разбирательствах и особенно решениях Верховного суда. В последнее время он потеснен клиническим методом, когда вопрос ставится таким образом, чтобы ответ студента содержал совет клиенту и предположение о том, как судья решит данную проблему.

400. Американский юрист. Американец, получивший разрешение заниматься юридическими профессиями, именуется юристом в широком смысле слова (lawyer). Этот термин не имеет ни французского, ни английского эквивалента, так как профессиональная организация юристов во Франции и в Англии совершенно иная и сравнение поэтому затруднительно.

Большинство американских юристов работают в одиночку (70%) или совместно с еще одним коллегой (15%). В больших городах, однако, юристы работают и по найму в представительных конторах, где нередко специализируются по весьма узкой группе вопросов. Небольшое число юристов избирают специальность, связанную с судебной деятельностью (trial lawyer), то есть ведут гражданский или уголовный процесс, допросы и контрдопросы, столь характерные для судебного заседания в США. Некоторые приобретают специализацию, напоминающую функции французских поверенных. Очень многие занимаются я несудебными делами, играют ту роль, которую во Франции играют нотариусы, юрисконсульты или налоговые советники, с той только разницей, что в Америке гораздо чаще прибегают к услугам юриста, чем во Франции. Многочисленные юристы работают вне юридических контор в государственных органах или на общественных и частных предприятиях.

Американские юристы гораздо многочисленнее, чем французские или английские: их примерно 350 000, из которых 30 000 работают на частных предприятиях и 30 000 состоят на службе у правительства. Юристы объединены в ассоциацию, создаваемую в каждом штате под названием Ассоциация адвокатов. В 28 штатах создание отделения такой ассоциации обязательно; тогда говорят об интегрированной адвокатуре. Федерация ассоциаций штатов образует Американскую ассоциацию адвокатов. Однако не все юристы являются членами Ассоциации адвокатов, и даже если они таковыми являются, то контролируется значительно меньше, чем английские барристеры судебными иннами, а солистеры -- Обществом права. Практикой выработано правило, по которому юрист оплачивается в

пропорции к тому, что с его помощью получил клиент. В Англии такого рода соглашения об оплате (*de quota litis*) не допускаются.

Ныне существуют значительные общественные фонды, из которых оплачиваются "общественные защитники" или независимые адвокаты, оказывающие помощь неимущим; увеличилось количество "квартальных бюро", где в 1970 году две тысячи юристов дали миллион бесплатных консультаций.

401. Американский судья. Существуют две категории американских судей: федеральные судьи и судьи судов штатов.

Федеральные судьи сравнимы с английскими. Они, как и английские судьи, назначаются пожизненно. Назначение производит президент с согласия сената. Среди членов Верховного суда США можно встретить профессоров юридических факультетов ведущих университетов; это позволяет сделать вывод, что в США существуют совершенно иные отношения между доктриной и судом, чем в Англии.

Трудно отметить что-либо общее в отношении судей судов штатов. О судьях некоторых штатов можно сказать то же самое, что и о федеральных судьях. Однако к большинству судей штатов это неприменимо. В 40 штатах в целях совершенствования демократии после 1828 года (с избранием Джексона президентом США) ввели принцип выборности судей на основе всеобщего избирательного права. Этот порядок не дал сначала хороших результатов. Уровень судей штатов в определенный период очень критиковался. Такая критика сейчас наблюдается реже в результате проведения некоторых реформ и принятия практических мер, повысивших профессиональный уровень судей и восстановивших независимость судей по отношению к своим избирателям. К числу этих мер относятся продление срока, на который избираются судьи, предварительное одобрение кандидатов Ассоциацией адвокатов штата и т. д. Не имея того престижа, какой имеют судьи в Англии, американские судьи в настоящее время -- это лица, которые пользуются уважением и независимость и компетентность которых признается. Если и есть исключения, они характерны для меньшинства штатов и касаются преимущественно судей, рассматривающих мелкие гражданские и уголовные дела.

### 3. Правило *star decisis*

402. *Star decisis* и федеральная структура США. В Англии с XIX века существует правило прецедента, которое обязывает судей в данных конкретных условиях следовать нормам права, вытекающим из ранее вынесенных другими судьями решений по аналогичным делам. В США тоже есть подобное правило, но это американское правило -- *star decisis* --

действует в иных условиях и не имеет той же силы, что современное английское правило прецедента.

В США все очень усложнено в силу особенного элемента -- федеративной структуры страны. Это мешает правилу *stare decisis* действовать в США с той же силой, что и в Англии. Конечно, желательно, чтобы право обеспечивало стабильность правоотношений, и в этой связи оправданно и жесткое правило прецедента. Но надо избежать также образования непреодолимых различий между правом, применяемым в разных штатах; для этого необходимо смягчение правила прецедента. Перед лицом этих противоречивых требований американские юристы не заняли слишком четкой позиции. В зависимости от обстоятельств они делают ударение либо на необходимую жесткость, либо на необходимую гибкость прецедентного права.

403. Возможность изменения судебной практики. Все, что можно сказать определенного о правиле *stare decisis*, в США сводится к следующему: в отличие от Англии Верховный суд США и верховные суды штатов не обязаны следовать собственным решениям и могут, таким образом, изменить свою практику. Кроме того, штаты суверенны, и правило *stare decisis* относится к компетенции штатов лишь в пределах судебной системы этого штата (сюда следует отнести после дела Томпкинса и федеральные суды в тех случаях, когда они применяют право какого-либо штата).

Изменения судебной практики не редкость, если обратиться к деятельности Верховного суда США. Они выражаются главным образом в той гибкости, с которой этот суд дает толкование Конституции США. В верховных судах штатов изменения судебной практики имеют иное объяснение. Они происходят в большинстве случаев под давлением мнения юристов и в связи с желанием направить право штата в то господствующее течение, которое установилось в других штатах, чем и восстанавливается единство общего права США.

Верховный суд США основательно реализовал те возможности, которые он имел для внесения изменений в судебную практику. Он приспособил свое толкование Конституции США к идеологическим течениям и экономическим нуждам современности; это содействовало стабильности американских политических институтов, позволив США жить при Конституции, изменить которую весьма трудно. Верховный суд США смог благодаря этому преодолеть враждебное отношение к себе, существовавшее до 1936 года и порожденное приверженностью судей к отживающим принципам. Сейчас Верховный суд--элемент прогресса

нации, хотя 50 лет назад такое утверждение прозвучало бы парадоксально.

404. Действительное значение правила *star decisis*. За исключением указанных выше моментов, верховные суды штатов, не желая нарушать стабильность правоотношений, с большой осторожностью допускают изменения судебной практики. Их позиция весьма близка к той, которая существовала и в английской судебной практике до тех пор, пока не было признано в XIX веке обязательным правило прецедента. Правило прецедента в строгом его понимании не является абсолютной необходимостью для общего права. Его обязательность в плане юридического практически мало чем отличается от добровольного восприятия судьями доктрин, выдвинутых их предшественниками. По существу, это скорее вопрос юридической психологии, чем вопрос права.

Некоторые американские авторы, желая ускоренной эволюции права, утверждали, что правило *star decisis* необязательно для современного американского права, в то время как другие авторы, более консервативные, утверждают, что это правило -- важнейший элемент современной системы.

При всем различии этих теоретических концепций гораздо важнее позиция судей, их желание допустить или не допустить расхождения, считать себя связанными принципом, который устарел, или, наоборот, больше прислушиваться к теории развития права, руководствоваться консервативными или новаторскими настроениями. Для всех этих мнений можно найти аргументы во все увеличивающемся числе (350 томов в год сборников судебной практики). Америка, со своим разноречивым и не единым корпусом юристов, представляет собой в данном вопросе картину, где нюансы более многочисленны и расхождения более очевидны, чем в Англии. Однако в плане практическом между этими странами не заметно большой разницы по данному вопросу. И там, и тут, как и во Франции, в конце концов устанавливается равновесие между противоречивыми нуждами стабильности и эволюции, которые являются постоянными величинами в жизни права.

405. *Restatement of the Law*. Нам остается сказать несколько слов об одном частном издании, ставящем своей целью излагать в систематизированном виде нормы американского общего права. Это издание, *Restatement of the Law* -- труд частной ассоциации -- Американского института права. Вышло в свет 19 томов этого издания; они посвящены договорному праву (2 тома, 1932 год), представительству (Agency, 2 тома, 1933 год), коллизии законов (1934 год), гражданско-правовым деликтам (Torts, 4 тома, 1934--1939 годы), собственности (Property, 5 томов, 1936--1944 годы), обеспечению (Security, 1941 год),

квазидоговорам (Restitution, 1957 год), доверительной собственности (2 тома, 1935 год), судебным решениям (1942 год).

Это издание стремится изложить по возможности точно судебные решения, наиболее гармонирующие с системой американского общего права и поэтому наиболее часто используемые американскими судами. Речь идет преимущественно о сферах, относящихся к компетенции штатов, или о тех, где законодательное вмешательство незначительно. В издании имеются также две дополнительные серии томов. Серия Restatement in the Courts включает те решения различных судов, в которых цитировалась одна из статей Restatement (или в порядке согласия с ней, или же для того, чтобы оспорить ее или придать ей иной оттенок). Серия State Annotations показывает, в какой мере положениям Restatement следуют в различных штатах. Добавим, что под названием "Дополнения" (Supplements) в различные тома вносятся поправки и разъяснения. В 1952 году начато новое издание под названием Restatement second . Опубликовано пока несколько томов, посвященных доверительной собственности и представительству, коллизии законов, деликтам и договорам.

Restatement of Law была горячо принята в странах, привыкших к кодификации: там было очень полезно иметь систематический сборник права США в форме, близкой к кодексам. Следует, однако, отдавать себе отчет в различии природы такого сборника и континентальных кодексов. Restatement -- это только частный труд, и авторитет его статей связан только с авторитетом составителей, в частности составителей каждого очередного тома. Авторитет этот неоднороден. Restatement ни в коем случае не применяется как кодекс в США. Restatement цитируют в решениях, но не он служит основой решений, которые, по мнению американских юристов и судей, соответствуют праву. Это своего рода дигесты, где можно найти решения судебной практики, важные для данного рода дел. В действительности же американский юрист привык применять орудия труда иного рода; ему трудно обращаться к трактатам, составленным по определенной системе. Отдел II. Законодательство

Законы США -- это, с одной стороны, федеральные законы, а с другой -законы штатов.

406. Конституция США. Среди федеральных законов особое место занимает основной закон, то есть Конституция США. Конституция, провозглашенная в 1787 году, представляет для американцев нечто гораздо большее, чем для француза французская Конституция. Это акт основания страны, а не только ее политическая хартия. Американская Конституция говорит не только об организации политических институтов страны.

Исходя из идей естественного права и общественного договора, она торжественно устанавливает пределы полномочий федеральных органов в их взаимоотношениях с штатами и с отдельными гражданами: эти пределы, в частности, уточнены в первых десяти поправках, принятых в 1789 году, которые образуют Декларацию прав американского гражданина. Конституция США провозглашает также в XIII, XIV и XV поправках, принятых в период Гражданской войны, что "неотъемлемые права" граждан не будут нарушаться или отменяться властями штатов.

Существование писаной Конституции, содержащей Декларацию прав, - один из элементов, глубоко отличающих право США от английского права. Американское конституционное право тем больше отличается от конституционного права Англии, что в США принят принцип, неизвестный в Англии, -- принцип судебного контроля над конституционностью законов.

407. Мэрбари против Мэдисона (1803 год). Хотя никакой статьей такое право не предоставлено. Верховный суд США ввел с 1803 года после известного дела Мэрбари против Мэдисона принцип судебного контроля за конституционностью законов, в том числе и федеральных .

Условия, в которых был установлен принцип судебного контроля за конституционностью законов, заслуживают более подробного рассмотрения. Вслед за одним из президентов-федералистов (то есть сторонников сильной федеральной власти), Джоном Адамсом, был избран на пост президента представитель оппозиционной партии (республиканских демократов) -- Томас Джефферсон. В течение нескольких месяцев, предшествовавших приходу к власти его наследника, Джон Адаме сделал два назначения: он назначил своего государственного секретаря Джона Маршалла главой Верховного суда США, а другого члена своей партии, Мэрбари, -- на значительно более скромную должность федерального судьи. Постановление о назначении Мэрбари было одобрено сенатом, облечено в соответствующую форму и скреплено государственной печатью США, но оно не было еще направлено Мэрбари, когда Джефферсон уже стал президентом. Новый государственный секретарь Джефферсона Мэдисон не направил Мэрбари постановления о его назначении. Мэрбари обратился в Верховный суд США с просьбой дать предписание Мэдисону об отправке ему указанного назначения. Закон, принятый в 1789 году (Акт о судостроительстве), очень ясен и позволяет Верховному суду давать в подобных случаях необходимые предписания.

Глава Верховного суда Джон Маршалл вынес по данному делу решение Верховного суда, большинство членов которого принадлежали, как и сам Маршалл, к партии федералистов. Он признал, что Мэрбари

действительно был назначен судьей в соответствии с законом. Он имел право получить сообщение о своем назначении; посылка такого сообщения не зависит от усмотрения президента или государственного секретаря. Предписание, предлагающее государственному секретарю передать Мэрбари решение о его назначении, может быть выдано. Но, объявил Маршалл, Верховный суд не компетентен давать такие предписания. Конституция США предусматривает, что Верховный суд--это только апелляционная инстанция, за исключением некоторых частных случаев: Акт о судеустройстве 1789 года, разрешая обращаться непосредственно в Верховный суд с просьбой дать предписание администрации, противоречит этому положению Конституции. Верховный суд не может признать его действительным.

Таким образом, судебный контроль за конституционностью законов установился в США без особых затруднений в связи с делом, в котором Верховный суд счел неконституционным закон, предоставляющий ему определенные полномочия. Тем самым Верховный суд не желал подчеркивать свое превосходство. Решение по делу Мэрбари против Мэдисона, кроме того, удовлетворяло исполнительную власть. Весьма скромное применение на практике принципа судебного контроля в течение XIX века привело к тому, что он никогда не вызывал серьезных споров в США. В наше время он составляет одно из главных различий, которые существуют между американской конституционной системой, с одной стороны, и английской и французской -- с другой. Конституция США -- весьма серьезный не только политический, но и юридический документ.

408. Конституционность судебных решений. Верховный суд США и под его контролем все другие суды -- федеральные и штатов, осуществляют контроль за конституционностью не только законов федерации и штатов, но и за применением общего права. Любое судебное решение может быть аннулировано в случае признания его противоречащим конституционной норме. Этот конституционный контроль весьма важен как средство заставить все судебные инстанции (как и законодателя) уважать основные принципы и обеспечить тем самым, насколько это необходимо, единство права США. Чтобы понять, как это достигается, следует рассмотреть способ, при помощи которого интерпретируется Конституция США.

409. Толкование Конституции США. Верховный суд США, кроме того, очень давно признал, что Конституция США не такой закон, как "все другие". Закон обычно рассматривается в странах общего права как нечто чуждое общему праву, способное только вносить в право некоторые дополнения и уточнения. Конституцию США нельзя рассматривать под

таким углом зрения. Она -- основной закон страны, и можно считать, что само общее право черпает в ней свою силу в соответствии с идеями школы естественного права, господствовавшими в 1787 году. Конституция США -- выражение общественного договора, который объединяет граждан и обосновывает права властей. Она -- основной закон, определяющий сами устои общества. Нельзя рассматривать ее на том же уровне, как и другие законы, которые направлены на дополнение или уточнение права судебной практики и формулируют некоторые частные нормы. Конституция США, господствующая над корпусом общего права, -- это закон романского типа, который не преследует непосредственной цели рассмотрения споров, а устанавливает нормы общего характера об организации и поведении администрации. "Нам не следует забывать, -- говорит Маршалл, -- что мы толкуем Конституцию... Конституцию, которая будет существовать века и которая должна, следовательно, быть приспособлена для различных форм человеческой деятельности".

Конституция США всегда толковалась в принципе с большой гибкостью. Здесь судьи Верховного суда США своими методами толкования опередили на 100 лет "телеологические" методы толкования, введенные во Франции Жоссераном. Как говорил без обиняков судья Хьюз, "Конституция -- это то, что скажут о ней судьи". Все развитие права США, различие между федеральным правом и правом отдельных штатов были толкованием Верховного суда подогнаны под определенные формулы Конституции США. По этому вопросу надо специально упомянуть ст. 1 (раздел 8) Конституции, позволяющей конгрессу устанавливать налоги для общего блага США и регулировать торговлю с иностранными государствами и между штатами. Следует упомянуть также V поправку, устанавливающую, что никто не должен лишаться жизни, свободы или имущества без законного судебного разбирательства, и формулу, которую содержит XIV поправка, касающаяся ограничения прав штатов. Та же XIV поправка запрещает штатам отказывать кому-либо из граждан, подчиненным их власти, в равной для всех защите закона; XV поправка провозглашает, что ни США, ни штаты не могут лишать прав или ограничивать в правах граждан в связи с расой, цветом кожи или их прежним нахождением в рабстве. Статья 1 (раздел 10) Конституции запрещает штатам принимать законы, нарушающие обязательства по договорам.

Указанным формулам федеральной Конституции было дано очень гибкое толкование. Без учета этого толкования путем лишь одного ознакомления с текстом закона нельзя сказать, соответствует он или нет

Конституции США и, следовательно, каково разграничение компетенции между федеральным правом и правом США.

Пример Конституции США очень интересен, так как он показывает, что передовые теории, существующие в отношении толкования закона в странах романо-германской правовой системы, могут при случае быть приняты и в странах общего права. В США не колеблясь отбросили, в том что касается федеральной Конституции, классические аксиомы, согласно которым в законе следует видеть лишь поправки и дополнения к общему праву и устанавливающие принципы ограничительного толкования законодательных текстов.

410. Торговая оговорка. Можно привести несколько примеров, показывающих, как интерпретируется Конституция США. Толкование торговой оговорки свидетельствует прежде всего о том, как модифицировались отношения между федеральным правом и правом штатов.

Статья 1 (раздел 8) Конституции представляет конгрессу право "регулировать торговлю с иностранными государствами, между отдельными штатами и индейскими племенами".

В эпоху составления Конституции существовала в основном местная торговля. В настоящее же время получила широкое развитие торговля между штатами и также международная торговля; торговля игнорирует границы между штатами, что и создало потребность регламентировать ее единообразно.

Торговая оговорка благодаря толкованию получила двойственное развитие. Прежде всего был установлен принцип, прямо из нее не вытекающий, что закон штата является неконституционным и не должен применяться, если тем или иным образом он вносит осложнения в международную торговлю или торговлю между штатами. Позднее было дано весьма расширительное толкование понятия торговли между штатами, включившее в понятие торговли и промышленность и признающее конституционность федеральных законов, направленных на улучшение условий труда для работающих или на организацию национальной экономики. Таким образом, за конгрессом и другими федеральными органами признаны широкие полномочия в области экономики, а также в сфере социального законодательства; в сущности говоря, нет такого предприятия, которое с точки зрения нынешней судебной практики не рассматривалось бы как заинтересованное в торговле между штатами.

Несмотря на достигнутый прогресс, в США не удалось установить по

данному вопросу единообразной регламентации. Многие вопросы, представляющие интерес для торговли и которые следовало бы разрешить в общенациональном масштабе, продолжают регулироваться правом отдельных штатов. Торговые договоры (купля-продажа, представительство, перевозка, страхование), операции с ценными бумагами регулируются в настоящее время почти исключительно судебной практикой каждого штата; Единообразный торговый кодекс, выработанный недавно, является как бы просто типовым законом, предлагаемым законодателям отдельных штатов.

411. Законное судебное разбирательство. Это еще одна формула, позволяющая осуществлять контроль за законодательством и судебной практикой федерации и штатов, основанная на V и XIV поправках к Конституции. Согласно этим поправкам, никто не может быть лишен жизни, свободы или имущества "без законного судебного разбирательства". Эта формула, по всей вероятности, по мысли ее составителей, не имела какого-либо особого значения; она просто означала, что лишение свободы или экспроприация должны быть оформлены юридически. Верховный суд США, однако, использовал эту формулу для осуществления надзора за федеральным законодательством и законодательством штатов; он требовал, чтобы законы, посягающие на свободу или собственность граждан, были разумными. Результатом широкого толкования Верховным судом формулы "законное судебное разбирательство" явилось существенное ограничение автономии штатов.

Приведем примеры. В 1963 году Верховный суд США в решении по делу Гидеон против Вэйнрайта пришел к выводу, что закон штата Флорида, не предусмотрев возможности бесплатного участия адвоката на стороне неимущего обвиняемого, которому грозило пятилетнее тюремное заключение, нарушил тем самым принцип "законного судебного разбирательства". В другом решении, по делу Рой против Уэйд (1973 год), Верховный суд признал неконституционной норму закона одного из штатов, которая предусматривала уголовное наказание женщины за аборт. По мнению суда, V и XIV поправки к Конституции включают право каждого по своему усмотрению вести свою личную жизнь, в том числе и право женщины на прерывание беременности.

Эти два примера показывают, почему в США говорят о "правлении судей". Тем не менее приведенные решения надо сопоставить с обстоятельствами дела, что и покажет реальную сферу, охваченную ими. Напомним, что в первом деле речь шла не о том, что всякий обвиняемый имеет право на бесплатную защиту, а о конкретном обвиняемом, которому грозили пять лет тюрьмы. Точно так же и конкретные обстоятельства

второго дела не дают оснований полагать, что не может быть ситуаций, при которых аборт не окажется под запретом.

412. Равная для всех защита закона. Перед нами еще одна, третья, формула, содержащаяся в XIV поправке к Конституции США и также открывающая Верховному суду самые разнообразные возможности для использования, что и подтверждает история.

Если обратиться, например, к расовой проблеме, то Верховный суд начинал с провозглашения принципа "разделенные, но равные". Требование Конституции считалось реализованным, поскольку в сфере образования, на транспорте и т. д. белые и черные имели один и тот же статус, но с тем, что учились они в разных школах, пользовались разными автобусами и больницами. Сегодня от этого сегрегационного принципа отказались. Равенство перед законом в его теперешнем понимании требует, чтобы закон был "слеп к цвету", чтобы в нем не содержалось никаких различий, связанных с расой или цветом кожи, подобно тому как не должны иметь места различия, связанные с религией. Однако реализация этого нового принципа достаточно трудна, и сам Верховный суд установил, что в сфере образования принцип должен осуществляться постепенно'.

Принцип равенства перед законом, провозглашенный Конституцией, стал объектом и других показательных решений Верховного суда. Он объявил, например, антиконституционными законы штатов, предусматривавшие такую разбивку их территории на избирательные округа, которая не обеспечивала равного представительства избирателей в конгрессе. Другие решения имели своим объектом некоторые законы, в которых суд усмотрел дискриминацию женщин, а относительно недавно им были предприняты шаги к уравниванию законных и внебрачных детей как в отношении их правового статуса, так и в отношении порядка их усыновления.

413. Жестокие и необычные наказания. Обратимся теперь к VIII поправке к Конституции, запрещающей налагать жестокие и необычные наказания. В 1972 году Верховный суд США объявил неконституционным закон одного из штатов, предусматривавший в качестве меры наказания смертную казнь. Печать разных стран приветствовала это решение, толкуя его как отмену смертной казни. Однако решение Верховного суда было принято большинством в один голос (5 против 4). Многие критиковали его, а подавляющее большинство избирательного корпуса Калифорнии вскоре после решения Верховного суда высказалось за сохранение смертной казни в штате. Учитывая такую реакцию, Верховный суд пересмотрел вопрос и в 1976 году решением, принятым большинством (7 против 2), признал не

противоречащими Конституции законы штатов Флорида, Джорджия, Техас, предусматривающие в качестве меры наказания смертную казнь.

414. Толкование других законов. Гибкие методы, используемые для толкования Конституции США, не были распространены на конституции штатов. Правда, эти конституции не имели такого основополагающего политического значения, как федеральная Конституция; они часто представляли собой только конгломерат разнообразных положений, причину включения которых в Конституцию трудно понять.

Уважение к федеральной Конституции, значительный масштаб писанных федеральных законов, с которыми сталкиваются юристы США, казалось бы, могли породить у них иное отношение к писаному закону, чем у юристов Англии. Но этого не произошло. Что касается писанных законов (за исключением Конституции США), все, что было сказано о толковании английских законов, можно сказать и об американских законах. Как и в Англии, законы не интегрируются полностью в право США, пока их значение не уточнено судебными решениями. Типична в этом плане позиция Верховного суда США: он отказывается решать, соответствует ли закон штата Конституции США, если суды этого штата не уточнили при толковании действительного значения данного закона. Федеральные суды в случаях, когда им приходится применять право штатов, также проявляют нерешительность, если соответствующие законы не были истолкованы судами данного штата.

Каноны толкования, соответствующие традиции, по-прежнему уважаются, даже если конституции, кодексы и законы специально предлагали избегать их. Провал движения за кодификацию в США во второй половине XIX века произошел благодаря сопротивлению американских юристов.

415. Административное право. Употребляемые методы толкования привели в США, как и в Англии, к развитию в рамках нового административного права большого числа бюро, комиссий и административных судов. Однако этим не хотели лишиться каких-то функций обычные суды; стремились только, особенно в экономической и социальной сферах, обеспечить применение новых законов в новых, отвечающих их специфике формах, исключив обычные методы, применяемые судами. Новое направление получило развитие и в плане федерального права, и в праве отдельных штатов, но особенно широко -- в федеральном праве.

Современная доктрина считает, что в обществе появилась четвертая власть -- административная, отличающаяся от трех традиционных властей.

Как и исполнительная, эта власть принадлежит в конечном счете президенту США. Но в отличие от исполнительной власти она осуществляется в сотрудничестве и под контролем ряда крупных комиссий, учрежденных конгрессом. Первой из таких комиссий была Комиссия по торговле между штатами, учрежденная в 1887 году для контроля над железными дорогами и регламентации в целом транспортного сообщения между штатами. Число крупных административных комиссий с тех пор возросло; можно назвать среди них Федеральную комиссию по торговле. Национальное бюро трудовых отношений и т. п. Эти постоянные федеральные органы уполномочены составлять регламенты и разрешать споры. Американское право во многих отношениях нельзя понять, не изучив работу этих комиссий, которые можно рассматривать как воплощение развития принципов новой "справедливости". Это новое право носит характер полуадминистративный-полусудебный, как и прежнее право справедливости, но оно выработано и применяется органами, функционирующими под контролем традиционных судов.

416. Американские кодексы. В современных США число законов постоянно растет. Как и в других странах, это потребовало принятия некоторых мер в целях приведения в порядок законодательства и тем самым облегчения гражданам и юристам ознакомления с ним. Существует ряд сборников, официальных и частных, охватывающих федеральное законодательство или законодательство штатов.

Как правило, выходящие под названием Revised Laws или Consolidated Laws сборники иногда именуется также кодексами. Имеется, например, так называемый Кодекс законов США (United States Code Annotated), представляющий собой систематизированное собрание действующих федеральных законов. Не следует заблуждаться в отношении этого названия. Все своды и сборники -- не кодексы во французском смысле слова. Даже с технической стороны изложение вопросов в алфавитном порядке достаточно отличает их от европейских кодексов. Но главное, у них другая цель: классифицировать американские законы (федеральные или отдельных штатов), оставляя в стороне общее право.

Кодификация наполеоновского типа, а не только систематическое изложение действующих законодательных норм когда-то предполагались в США. Это дало определенные результаты. Существуют гражданские кодексы в ряде американских штатов: Калифорнии, Северной и Южной Дакоте, в Джорджии и Монтане. В 25 штатах имеются гражданско-процессуальные кодексы. Кроме того, в некоторых штатах есть уголовно-процессуальные кодексы, а во всех штатах -- уголовные кодексы. Но и

здесь не место иллюзиям. Американские кодексы неидентичны европейским. Их и толкуют иначе. В кодексах видят просто плод консолидации, более или менее удачной, а не основу для выработки и развития нового права, как в странах романо-германской правовой системы. Презюмируется, что законодатель хотел воспроизвести в кодексе прежние нормы, созданные судебной практикой. Закон не имеет смысла, пока он не истолкован судами. Судебные решения, не ссылающиеся на судебные прецеденты, а просто применяющие законы, носят исключительный характер.

Иное положение только в штате Луизиана, где сохраняется романо-германская традиция. Штат Луизиана выделяется и своим отношением к кодексам и самим фактом наличия таких кодексов; этот штат, поскольку речь идет о гражданском праве, не является страной общего права.

417. Забота о единообразии американского права. Помимо проблем, которые возникают во всех странах, рост количества законов выдвигает в США особую проблему. Можно опасаться, что единообразие общего права будет нарушено наличием разнообразных законов, которые появятся в различных штатах для изменения имеющихся норм или их дополнения. Опасность, что законодательство штатов нарушит единообразие американского права, не возникала в XIX веке, когда чувство независимости штатов было очень сильно и когда реформы больше касались процесса, чем материального права. Об этом стали думать лишь в XX веке. Для преодоления такой опасности применяется два средства.

418. Единообразные законы штата. Первое средство состоит в том, что штатам было предложено принять типовые единообразные законы в тех вопросах, в которых практика признавала необходимым законодательное вмешательство. Это работа была проведена Национальной конференцией представителей для единообразных законов штата, и она проводилась с тех пор в течение 20 лет этой организацией вместе с другим органом -- Американским институтом права.

Таким образом, был выработан в 1952 году проект Торгового кодекса, содержащий 400 статей, который затем был пересмотрен в 1958 году и в 1962 году; созданы типовые кодексы по уголовному праву и уголовному процессу и по доказательственному праву. Эти попытки позволили добиться важных результатов в отношении, например, ценных бумаг и купли-продажи товаров. Однако прогресс здесь очень сложен и замедлен. Трудно добиться принятия единообразного закона; и ничто не гарантирует, с другой стороны, что единообразный закон будет одинаково толковаться во всех штатах. Кроме того, трудно изменить в случае необходимости и

обстоятельной критики текст закона из страха нарушить с трудом достигнутое единообразие. Не следует, очевидно, ждать слишком многого от этого первого средства.

419. Развитие федерального права. Второе средство состоит во вмешательстве конгресса США или федеральной администрации во все вопросы, где необходимо единообразие права. Общие формулы, применяемые Конституцией США так, как они толкуются Верховным судом, позволяют найти законное основание для такого вмешательства во всех случаях, когда это нужно. Значительные модификации имели целью расширить сферу применения федерального права, хотя и без всяких формальных изменений Конституции. Именно таким путем, расширяя компетенцию федеральных властей, и достигается необходимое единообразие права, когда это оказывается особенно необходимым.

#### Часть четвертая ДРУГИЕ ВИДЫ ОБЩЕСТВЕННОГО СТРОЯ И ПРАВА

420. Важность вопроса. Романо-германская, социалистическая и англосаксонская -- это, без сомнения, три главные правовые семьи современного мира. Они охватывают всю Европу и всю Америку, почти все мощные, экономически развитые государства. Велико влияние этих правовых семей в Африке и Азии. Можно сказать, что нет ни одной страны, которая в той или иной степени не восприняла бы принципы европейского права -- идет ли речь о праве английском, романском или советском.

Однако правовые семьи, которые мы рассмотрели, очень тесно связаны с развитием европейской цивилизации: они отражают образ мышления и жизни, выражают идеи, содержат институты, сложившиеся в исторических и культурных условиях Европы. Их принятие не было проблемой для Америки -- континента, где они не столкнулись с соперничеством местной цивилизации. Здесь стояла только одна проблема -- проблема приспособления права к другой географической среде.

Совсем иное положение в Азии, Африке и на Индостантском полуострове. В отличие от Америки европейское нашествие вторгалось здесь не в места малонаселенные или такие, где население было готово согласиться с европейским превосходством. В Азии, например, существовало очень многочисленное население, а также типы цивилизации, которые нельзя было считать менее развитыми, чем цивилизация Запада. Эти типы местной цивилизации в большей части Африки и Азии были в свою очередь связаны с религиозными верованиями, которые представляли серьезное препятствие для рецепции права и юридических понятий Запада.

Как же происходил там этот конфликт, каким образом пытались и в какой степени удалось синтезировать традиционные понятия и европейское право? Задача четвертой части книги и состоит в том, чтобы рассказать об этом, обратить внимание на проблемы, недостаточно изученные, но достойные изучения. Прошли те времена, когда можно было считать, что лишь западный образ мышления достоин внимания.

Следующие четыре раздела последовательно будут посвящены мусульманскому праву, праву Индии, правовым системам Дальнего Востока, Африки и Мадагаскара.

Необходимо подчеркнуть, что право этих регионов не составляет единой семьи. Все они чужды друг другу. Поводом для объединения этих четырех правовых систем в четвертой части книги послужило лишь то, что все они основываются на концепциях, отличающихся от тех, которые доминируют в западных странах. Главное, что нам хотелось показать при описании этих систем,-- это то, что западный образ мышления не является ни господствующим, ни бесспорным в современном мире. Раздел первый

### МУСУЛЬМАНСКОЕ ПРАВО

421. Переплетение права и религии. Мусульманское право в отличие от ранее рассматривавшихся правовых систем не является самостоятельной отраслью науки. Оно лишь одна из сторон религии ислама. Эта религия содержит, во-первых, теологию, которая устанавливает догмы и уточняет, во что мусульманин должен верить; во-вторых, шар, то есть предписание верующим, что они должны делать и чего не должны. Шар, или шариат, означает в переводе "путь следования" и составляет то, что называют мусульманским правом. Это право указывает мусульманину, как он должен в соответствии с религией вести себя, не различая, однако, в принципе его обязательств по отношению к себе подобным (гражданские обязательства, подаяния бедным) и по отношению к богу (молитва, пост и т. д.). Таким образом, шариат основан на идее обязательств, возложенных на человека, а не на правах, которые он может иметь. Санкцией за невыполнение обязанностей, возлагаемых на верующего, является грех того, кто их нарушает; поэтому мусульманское право уделяет не особенно много внимания санкциям, устанавливаемым самими нормами. Той же причиной объясняется применение мусульманского права только в отношениях между мусульманами; религиозный принцип, на котором это право основывается, отпадает, когда одна из сторон не является мусульманином.

В исламе господствует концепция теократического общества, в котором государство имеет значение лишь как служитель установленной религии. Вместо того чтобы просто провозгласить моральные принципы

или догмы, с которыми общество должно согласовывать свои правовые системы, мусульманские юристы и теологи разработали, исходя из божественных откровений, целую систему очень детализированного права, права идеального общества, которое установится в один прекрасный день во всем мире и будет полностью подчинено религии ислама. Тесно связанное с религией и с цивилизацией ислама, мусульманское право может быть по-настоящему понято только тем, кто имеет хотя бы минимальное общее представление об этой религии и об этой цивилизации. С другой стороны, ни один исламист не может игнорировать мусульманское право. Ислам по своей сущности, как и иудаизм,-- это религия закона. Мусульманское право, по выражению Бергштрассера,-- это "квинтэссенция настоящего мусульманского духа, наиболее ясное выражение мусульманской идеологии, главное звено ислама".

422. Структура права. Наука мусульманского права, или, точнее, доктринальное изложение мусульманских законов (фикх), имеет два раздела. Она изучает "корни" и объясняет, каким образом, исходя из каких источников возник комплекс правил, составляющих шариат, божественный закон. Кроме того, она изучает "содержание", то есть решения, которые содержат нормы материального мусульманского права. По всей структуре, по своим категориям и понятиям мусульманское право весьма оригинально, по сравнению с рассмотренными выше правовыми системами. Мы не будем, однако, подробно изучать эти структурные различия, а ограничимся тем, что изложим последовательно теорию источников мусульманского права. Затем мы увидим, как, несмотря на внешний ригоризм, мусульманское право способно применяться к условиям современного мира. После этого перейдем к краткому обзору правовых систем различных современных мусульманских государств. Глава I. НЕИЗМЕННАЯ ОСНОВА МУСУЛЬМАНСКОГО ПРАВА

423. Различные источники права. Мусульманское право имеет четыре источника права. Это прежде всего Коран -- священная книга ислама, затем сунна, или традиции, связанные с посланцем бога, в-третьих, иджма или единое соглашение мусульманского общества, и, наконец, в-четвертых, кийас, или суждение по аналогии.

424. Коран и сунна. Основой мусульманского права, как и всей мусульманской цивилизации, является священная книга ислама -- Коран, состоящая из высказываний Аллаха последнему из его пророков и посланцев Магомету. Коран -- бесспорно, первый источник мусульманского права. Это столь бесспорно, что содержащиеся в нем положения юридического характера явно недостаточны, для того чтобы

регламентировать все отношения, возникающие между мусульманами.

Сунна рассказывает о бытии и поведении пророка, примером которого должны руководствоваться верующие. Сунна -- это сборник адатов, то есть традиций, касающихся действий и высказываний Магомета, воспроизведенных целым рядом посредников. Два крупных доктора ислама -- Эль-Бокхари и Мослем -- в IX веке нашей эры проделали кропотливую работу, чтобы выявить действительные высказывания пророка. Работа, проведенная ими и рядом других авторов того же периода, создала солидную основу, хотя сегодня вызывает сомнение, все ли из собранных ими адатов действительно относятся к Магомету.

425. Иджма. Третий источник мусульманского права -- иджма, составленная по единодушному согласию докторов ислама. Ни Коран, ни сунна не могли дать ответ на все вопросы. Чтобы восполнить проблемы в тех случаях, когда нет ответа на какой-либо вопрос, а также объяснить некоторые видимые изъяны, появилась и получила развитие догма непогрешимости и единства мусульманского общества. "Мое общество,-- гласит один из адатов,-- никогда не примет ошибочного решения". По другому адату, "то, что мусульмане считают справедливым, справедливо в глазах Аллаха". Иджма, основанная на этих двух положениях, позволила признать авторитет решений, которые не вытекали непосредственно из Корана или сунны.

Для того чтобы норма права была допущена иджмой, необязательно, чтобы масса верующих признала ее или чтобы эта норма соответствовала единому чувству всех членов общества. Иджма не имеет ничего общего с "обычаем" европейского права. Требуемое единство -- это единство компетентных лиц, роль которых и состоит в установлении права,-- юрисконсультов ислама. "Ученые -- наследники пророков"; единое мнение докторов права, знатоков ислама, объединяющих традицию, обычай и практику, чтобы установить таким путем норму, принцип или институт права, получает значение и силу юридической истины.

426. Мусульманские толки (риты). Принцип единства, необходимый для того, чтобы решение, принятое факихом, было признано нормой мусульманского права, знает и исключения. "Различие мнений, царящее в моем обществе,--говорит адат,-- это проявление милости божьей". Правило о единстве уживается в исламе с некоторыми разногласиями, по правде говоря второстепенными по сравнению со всем тем, что общепризнано. Внутри мусульманского сообщества признается наличие разных путей (madhab), обычно называемых толками, каждый из которых представляет определенную школу, по-своему толкующую мусульманское право.

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

Существует четыре ортодоксальных толка, или "суннит": ханефитский толк признан наибольшим числом верующих; он распространен в Турции, СССР, Иордании, Сирии, Афганистане, Пакистане, Индии и Бангладеш. Малекитский толк действует среди мусульманского населения Северной и Западной Африки. Шафеитский толк господствует у курдов, в Малайзии, Индонезии и на восточном побережье Африки, он распространен также и в Пакистане. Ханбалитский толк преобладает в Аравии.

Основным среди несуннитских толков является шиитский, господствующий в Иране и Ираке. Шииты отличаются от суннитов своей концепцией халифата, которая связана с монархической традицией, существовавшей еще до образования Персии. Кроме того, вахабитский толк действует в Саудовской Аравии, зейдутский толк -- в Йемене, абадитский, или харигитский, толк-- в Джербе, на восточном побережье Африки и в Занзибаре.

Разногласия, разделяющие эти толки, связаны с многочисленными деталями. Что же касается принципов, то они сходны. Поэтому для верующего вполне возможно в результате соответствующего акта перейти под действие другого толка. Равным образом суверен может предписать судьям применять повсеместно или же в отношении определенной категории дел иной рит, чем тот, которого обычно придерживаются в стране. Так, в Египте правосудие руководствуется ханефитским толком, хотя большинство населения исповедует малекитский толк.

427. Практические значения иджмы. Коран, сунна и иджма -- вот три источника мусульманского права, но это источники разного плана. Коран и сунна -- основные источники, и, исходя из содержащихся в них основных положений, доктора ислама установили нормы шариата. Но на сегодня это только исторические источники права:

судья не должен использовать непосредственно Коран и сунну, так как их окончательное толкование дано в иджме. Только книги права, одобренные иджмой, в наши дни должны использоваться для изучения мусульманского права. "По удачному выражению Сноук-Юргроньи,-- пишет Эдуард Ламбер,-- иджма в настоящее время представляет собой единственную догматическую основу мусульманского права. Коран и сунна -- это только его исторические основы. Современный судья ищет мотивы для решения не в Коране или сборниках традиций, а в книгах, в которых

изложены решения, освященные иджмой. Кади, который попытался бы толковать своей собственной властью положения Корана или хотел бы сам оценить возможную подлинность адатов, совершил бы такой же противоречащий уважению ортодоксальности акт, как и верующий католик, который хотел бы сам установить смысл церковных текстов, изданных в подтверждение ее догм... Этот третий источник мусульманского права -- иджма -- имеет исключительно большое практическое значение. Только будучи записанными в иджму, нормы права независимо от их происхождения подлежат применению".

428. Таклид. Однако так было не всегда. До IV века хиджры имели место попытки истолковать источники божественного закона и уточнить предписания, установленные им для мусульман. Однако мусульманское право мало чем обязано этим попыткам. Оно основано на единой доктрине, развитие которой шло после воцарения Аббасидов (750 год н. э.). Постепенно сокращались все возможности, которые источники давали для их толкования, и в IV веке хиджры уже отрицалась сама правомерность новых поисков. Это было связано с общим ходом исламской истории, с политическим расколом ранее единого мусульманского мира. Божественный закон стал окончательным. Долг мусульманина отныне - следовать таклвду; он должен "признавать авторитет" докторов прежних поколений; автономное толкование источников ему запрещалось. Таким образом, веками одни и те же труды использовались для обучения мусульманскому праву. Позднее авторы ничем не дополнили эту систему. Любое произведение доктрины представляет собой толкование источников, считающихся классическими; единственное, что позволялось, -- это собирать, сравнивать, освящать и объяснять решения, предлагавшиеся великими юристами прошлого, не внося в их доктрину никаких поправок, ничего нового. Как же могло быть иначе, если мнения авторов основывались не на разуме (на это претендовали западные авторы), а на откровении? Учитывая это обстоятельство, понятна неизменность Мусульманского права; ее сохраняют как сунниты, так и шииты, хотя теоретически у шиитов не признан таклид.

В конечном итоге фикх стал непререкаемой доктринальной системой, основанной на авторитете источников, из которых она исходила. Мусульманское право, зафиксированное догмой в X веке нашей эры, неизменно; ислам не признает права власти изменять его. Правители в мусульманских государствах не имеют полномочий создавать право и законодательствовать; они могут только издавать административные акты в пределах, допускаемых мусульманским правом, и не нарушая его.

429. Рассуждения по аналогии. Как бы ни была богата казуистика, разработанная докторами права, конечно, они не имели возможности предусмотреть все, что могло возникнуть в конкретной жизни, но, поскольку мусульманское право претендовало на то, чтобы быть полной системой, надо было предусмотреть способ урегулирования в будущем и таких вопросов, готового решения которых нельзя найти в книгах права.

Всеобщим согласием был признан законный характер суждения по аналогии (кийас). Представляя собой простую форму умозаключения, оно было возведено мусульманским обществом в ранг источника права. Некоторые секты, заботясь о фундаментальности, отрицают этот способ. Однако такой отказ, как бы категорически он ни звучал в теории, не влечет больших изменений в практике; он приводит лишь к тому, что решение считают уже содержащимся, "скрытым" в толкуемых текстах, тогда как другие считают это решение "выведенным по аналогии".

Суждение по аналогии можно рассматривать лишь как способ толкования и применения права. Мусульманское право основано на принципе авторитета. Несмотря на то, что в виде суждения по аналогии был допущен рациональный метод толкования, при помощи данного метода невозможно было создавать основополагающие нормы абсолютного характера, которые можно было бы по их природе сравнивать с нормами традиционных сборников, установленными в X веке. В этом -- отличие мусульманского юриста от юриста общего права, который путем техники отличий создает новые нормы. Позиция и психология мусульманского юриста также отличны и от позиции юристов романской системы. "Мусульманский юрист привык,-- пишет Миллио,-- думать, что право состоит из конкретных решений, выносимых изо дня в день с учетом нужд конкретного момента, а не из общих принципов, выдвинутых a priori, из которых затем выводят последствия каждой ситуации. Мусульманский юрист отказывается от абстракции, от систематизации и от кодификации. Он будет избегать обобщений и даже определений".

При помощи суждения по аналогии чаще всего можно, исходя из норм права, найти решение, которое должно быть принято в данном частном случае. Нельзя надеяться приспособить при помощи этого метода мусульманское право к нуждам современного общества. Но эта задача и не занимала докторов ислама. "Право не хочет быть отражением действительности; это скорее свет, который должен вести верующих к религиозному идеалу, так как часто они не видят нужного направления. Идея приспособления права к эволюции фактов совершенно чужда этой системе".

430. Отказ от других источников. Таким образом, к рациональным способам развития права ислам относится с большой подозрительностью и обычно их осуждает. В частности, не допускается, чтобы личное мнение верующего могло служить основой решения по мусульманскому праву; обоснования решения ссылками на разум или справедливость также недостаточно, чтобы придать ему необходимый авторитет, в силу того, что мусульманское право имеет основу не рациональную, а религиозную и божественную.

Никогда не признавалась возможность избежать в некоторых случаях, во имя публичного порядка или справедливости, применения какой-либо общей нормы права, установленной фикхом. Не допускается также, чтобы решения права были связаны с теми обстоятельствами, в которых они были приняты. Шафеиты или ханефиты, однако, иногда применяют такой метод рассуждения.

431. Характеристика мусульманского права. Теория источников мусульманского права, которую мы изложили, вызывает ряд соображений.

Тот факт, что наука мусульманского права сформировалась и стабилизировалась в глубоком средневековье, объясняет некоторые черты этого права: архаический характер ряда институтов, его казуистичность и отсутствие систематизации.

Наиболее важно, однако, не это. Главное -- глубокая оригинальность мусульманского права по самой его природе в сравнении с другими правовыми системами вообще, и с каноническим правом в частности.

Основанное на Коране (книге откровений) мусульманское право следует рассматривать как систему, совершенно независимую от всех других правовых систем, не имеющих того же источника. Сходство с другими системами, которое может наблюдаться в решениях по тому или иному вопросу, можно объяснить с мусульманской ортодоксальной точки зрения только простым совпадением. Ни в коем случае нельзя говорить о каких-то заимствованиях мусульманским правом иностранных идей и положений'. Влияние мусульманского права на европейские правовые системы столь незначительно, что им можно пренебречь.

432. Сравнение с каноническим правом. Мусульманское право, как и каноническое, -- это право церкви, право общины верующих. Но этим сходство и ограничивается; далее идут существенные различия между мусульманским правом и правом каноническим. Мусульманское право, вплоть до мельчайших деталей, -- неотъемлемая часть религии ислама. Оно несет на себе характер откровений, как и эта религия; следовательно, нет никакой власти в мире, которая могла бы изменить мусульманское право.

Тот, кто не подчиняется мусульманскому праву, грешник, который подвергается наказанию на том свете; тот, кто оспаривает решение мусульманского права,-- еретик, который изгоняется из общества ислама. Наконец, общественная жизнь не создает для мусульманина других норм, кроме норм религиозных, неотъемлемой частью которых является мусульманское право. Всеми указанными чертами мусульманское право отличается от канонического права христианских обществ.

Христианство распространилось первоначально в обществе, которое находилось на высоком уровне цивилизации и где право пользовалось большим уважением. Христианство провозгласило новые моральные догмы и принципы, но его не интересовала организация общества. "Мое царство,-- сказал Христос,-иной мир". Действительность гражданских законов нашла свое подтверждение в Евангелии: "Отдайте кесарю кесарево". Церковь не только считала бесполезным создание христианского права, которое заняло бы место римского права, она не считала себя правомочной на это. Святые Павел и Августин не стремились создать христианское право, уповая на милосердие, они предсказывали его увядание и отмирание. Каноническое право не является законченной системой права, предназначенной заменить собой римское право. Оно всегда было лишь дополнением к римскому или иному светскому праву и стремилось регулировать те вопросы (церковную организацию, правила причастия и исповеди и др.), которые не охватывались светским правом. Кроме того, каноническое право ни в коем случае не является правом откровений. Оно покоится на принципах, установленных христианской верой и моралью, но оно -- плод труда человека, а не божье слово. Нарушение норм канонического права необязательно грозит христианину наказанием на том свете. Принципы и догмы нерушимы, но тем не менее церковные власти могут изменять каноническое право, с тем чтобы улучшить его или приспособить к меняющимся условиям времени и места. Сама римская церковь имеет различные кодексы канонического права для верующих латинского толка и восточного толка. Каноническое право существенно эволюционировало в течение веков и продолжает развиваться на наших глазах.

Рецепция римского права могла в этих условиях произойти на Западе, не задев никоим образом христианской религии. Римское право преподавалось в университетах, находившихся под защитой папских булл. Иное положение в мусульманских странах, где право составляет часть религии. Установление чисто светского права в этих странах невозможно. Ортодоксальность ислама исключает возможность всякого права, которое

не будет строго соответствовать нормам шариата.

433. Непригодность фикха к современному обществу. Очевидно, что сложившееся в X веке нашей эры мусульманское право непригодно для нужд современного общества. В нем нет регламентации некоторых институтов, которые сегодня необходимы. Кроме того, многие нормы мусульманского права, приемлемые в свое время, теперь не только не отвечают нынешним условиям, но даже шокируют того, кто знакомится с ними.

Неприменимость этого права в условиях современности, его несоответствие современному мышлению создали особую проблему в тот период, когда государства с мусульманским большинством населения, отказавшись от былой застойности, пытались в XIX и XX веках подражать государствам Запада. Могут ли мусульманские государства модернизироваться, не отбросив своих традиций, и какую роль может играть мусульманское право в обновленном обществе? Глава 11. ПРИСПОСОБЛЕНИЕ МУСУЛЬМАНСКОГО ПРАВА К СОВРЕМЕННОМУ ОБЩЕСТВУ

434. Постоянный авторитет мусульманского права. Все, что было сказано, может создать впечатление, будто мусульманское право принадлежит прошлому, оно "почило,-- как сказал Сноук-Юргроньи,-- в состоянии полного покоя, который навевает мысли о кладбище". Однако это не так: мусульманское право продолжает быть одной из крупных систем современного мира и регулировать отношения между более чем 500 миллионами мусульман.

Многие государства с мусульманским населением продолжают заявлять в своих законах и часто даже в конституциях о верности принципам ислама. Подчинение государства этим принципам провозглашено конституциями Марокко, Туниса, Сирии, Мавритании, Ирана, Пакистана; гражданские кодексы Египта (1948 год), Сирии (1949 год), Ирака (1951 год) предлагают судьям восполнять пробелы закона, следуя принципам мусульманского права. Конституция Ирана и законы Индонезии предусматривают процедуру, обеспечивающую их соответствие принципам мусульманского права. И однако, все эти страны хотят модернизироваться и быстро модернизируются. Как же такая эволюция, которая предполагает установление политических режимов нового типа, а также смелые реформы в сфере частного права, может уживаться с неизменностью мусульманского права?

435. Возможность приспособления к современному миру. Мусульманское право неизменно, и в то же время оно полно возможностей.

Наряду с его неизменностью следует отметить и его гибкость. Между двумя этими чертами нет никакого противоречия. Даже в странах Запада (об этом легко забывают) право долгое время считалось неизменным, если не священным. Но повсюду, когда в этом была необходимость, находились способы утвердить новые нормы, не изменяя самого права. Вмешательство претора в Риме, лорд-канцлера в Англии -- вот наиболее очевидные проявления этого развития. Просьбы об отмене судебных решений и помиловании также использовались в этой связи, причем в своей основе принципы права оставались неизменными.

Так же обстоит дело и в мусульманском праве. Право это неизменно, но оно предоставляет такие возможности обычаю, соглашению сторон, административным регламентам, которые позволяют, не изменяя самого права, вводить положения, удовлетворяющие потребности современного общества. При правильной организации архаичность институтов и норм мусульманского права будет помехой лишь в исключительных случаях.

436. Обращение к обычаю. Многочисленные мусульманские общества, в которых признают в качестве одного из символов веры совершенство и авторитет мусульманского права, могли существовать веками и продолжают существовать, главным образом руководствуясь обычаем. Обычай не входит в мусульманское право и никогда не рассматривается как право; противоположное мнение повлекло бы отказ от одной из характерных черт мусульманского права -- от его единообразия для любой общины верующих. Но даже если обычай не входит в фикх, это не означает, что он отвергается мусульманским правом. Оно занимает по отношению к обычаю позицию, сходную с отношением западного права к оговорке о полюбовной или мировой сделке, которая в некоторых случаях признается судьей. Заинтересованным лицам разрешено в ряде случаев организовать свои отношения и регулировать свои разногласия без вмешательства права.

Ислам смог распространиться в мире только потому, что сохранял такую либеральную позицию и не требовал пожертвовать образом жизни, освященным обычаем. Само собой разумеется, что некоторые обычаи могут быть незаконными с точки зрения мусульманского права, но многие обычаи могут существовать, не вызывая упреков. Таково положение всех обычаев, которые только дополняют мусульманское право в тех вопросах, которые оно не регулирует: обычаи, касающиеся сумм и способов выплаты приданого, обычаи, регулирующие использование источников, протекающих между двумя земельными владениями'. Мусульманское право все поступки человека делит на пять категорий: обязательные,

рекомендуемые, безразличные, порицаемые и запрещаемые. Обычай не может рекомендовать действия, которые право запрещает, или запрещать то, что право считает обязательным, но обычай вправе предписывать то, что, согласно праву, является только рекомендуемым или дозволенным, а также запрещать то, что право полагает порицаемым или лишь допускаемым.

437. Использование соглашений. Мусульманское право содержит очень мало императивных положений и предоставляет широкие возможности свободной инициативе. "Нет никакого преступления в заключении соглашений с учетом того, что предписывает закон",-- говорит один из адатов. В результате соглашений можно, оставаясь верным исламу, внести очень существенные изменения в нормы, которые предлагает мусульманское право, но которые не считаются обязательными.

В силу этого принципа судебная практика мусульманских стран допускает, например, при заключении брака оговорку, что жена сможет впоследствии отказаться от брака (в принципе это прерогатива мужа) или что она получит такое право, если муж не сохранит единобрачия. Статут брака и семьи был серьезно изменен, особенно в Сирии, именно путем подобных соглашений. Широкая возможность таких отступлений, по правде говоря, вызывает сомнения. В отличие от мусульман шиитского толка сунниты не допускают, например, установления в этом вопросе ряда условий, таких, как временный характер брака или режим общности имущества супругов. Возможность развития мусульманского права путем частных соглашений не утрачивает тем не менее своего значения. Нет ничего проще (и это классическая форма), как приписать индивиду намерение заключить договор, даже если по существу это является чистой фикцией. Судебная практика мусульманских стран действовала именно таким образом. Так, на Яве религиозный судья мог допустить существование торгового общества, созданного супругами с целью обхода брачного режима, установленного правом, и применить в данной связи обычай.

438. Юридические стратагемы и фикции. Наряду с обычаем и соглашением была и другая обходная возможность -- применение юридических стратагем (*hiyal*) и фикций. Шариат формалистичен и требует скорее уважения буквы, чем духа закона. В результате многие нормы мусульманского права могут быть обойдены, лишь бы они не были нарушены в прямом смысле слова. Так, мусульманское право разрешает мужу полигамию и развод с женой. Однако действие соответствующих норм можно существенно ослабить, дав женщине возможность потребовать

возмещения ущерба, если муж развелся с ней без достаточных оснований или в полигамной семье обращались с ней не так, как с другими женами. Процентный заем запрещен мусульманским правом, но можно обойти это запрещение, прибегнув к двойной купле-продаже или же предоставив кредитору в качестве обеспечения пользование имуществом, дающим доход. Можно также считать, что запрещение процентного займа касается только частных лиц; банки, сберегательные кассы и общества не попадают под это запрещение. Аренда земли запрещена; можно обойти это запрещение, подставив на место аренды институт товарищества. Алеаторные сделки, в частности договор страхования, запрещены, но не возбраняется получение премии. Поэтому можно застраховаться в страховой компании или у немусульманина. Само запрещение страхования снимается при взаимном страховании, поскольку в данном случае акцент переносится на обещание взаимности, которая превращает этот договор в благотворительный, рекомендуемый.

439. Вмешательство правителя. Очень распространенным средством, используемым для приспособления мусульманского права к условиям современной жизни, является вмешательство господствующей в обществе власти. Суверен, идет ли речь о монархе или о парламенте, является в исламистском понимании не господином, а служителем права. Он, таким образом, не может законодательствовать. Однако если суверен не имеет законодательной власти, он руководит государственной политикой и должен, в частности, следить за правильным отправлением правосудия. Мусульманское право признает законность регламентирующих мер, которые принимаются в данной связи властями. Эти полномочия использовались очень широко.

Даже в рамках строгой ортодоксии влияние правителей ощутимо. Например, они могут предписать судьям, какой из толков следует применить к определенным обстоятельствам. Таким путем во многих странах женщине было предоставлено право на развод по суду по основаниям, предусмотренным различными толками. Благодаря действиям власти, запретившей судам признавать иск, основанный на обстоятельствах, имевших место свыше пятнадцати лет назад, в Турции появилось понятие погасительной давности, неизвестное мусульманскому праву.

Позднее египетский законодатель установил, что суды не должны рассматривать семейные споры, если брак не был зарегистрирован в актах гражданского состояния или одна из сторон не достигла брачного возраста. В Алжире полиция имеет возможность закрывать глаза на то, что в кафе

нарушается запрет на употребление алкоголя.

Возможен и прямой выход за ортодоксальные рамки. Наряду с мерами, принятыми в рамках религиозных предписаний, суверен может принимать также и другие меры, выходящие за рамки полномочий, признаваемых религиозными принципами. Теологи, выступавшие по традиции против безбожности гражданского общества, не выступали против правителей; их реакция была весьма сдержанной, хотя по-прежнему теоретически признавались совершенство и превосходство мусульманского права.

440. Новейшая тенденция. Развитие мусульманского права прекратилось в X веке нашей эры, когда отпала возможность толкования. Это произошло, чтобы предотвратить кризис, угрожавший тогда мусульманскому миру, и избежать нарушения его единства. Разрушение халифата Аббасидов и взятие Багдада монголами в 1258 году усилили эту консервативную тенденцию. У некоторых приверженцев ислама возникает сейчас вопрос, следует ли сохранять препятствия развитию мусульманского права, установленные в то время, во всей их строгости? Они обращают особое внимание на то, что лишь очень немногие нормы мусульманского права прямо основываются на божественном откровении (которое к тому же говорит о том, как следовало вести себя в VII веке, а не в наши дни), а большинство норм -- это создание средневековых юристов, образ мысли которых остался в далеком прошлом.

Ссылаясь на практику первых веков ислама, эти ученые показывают, что основатели толков всегда учитывали особые обстоятельства и уделяли в своей системе место таким понятиям, как цель закона, общественное благо, необходимость. Им кажется, что нет никакой опасности в возврате сегодня к этим критериям при условии, что будут установлены точные правила и строгие методы толкования, а полученные таким путем решения будут отвечать требованиям общества и не противоречить ортодоксальности. Главной опасностью, угрожающей мусульманскому праву в настоящее время, они считают не риск разделения ислама, как когда-то, а риск, что это право-застывшее в своей неподвижности, станет теорией обязанностей чисто идеального характера и сугубо теологического значения, интересующей только некоторых набожных ученых, в то время как реальная жизнь будет управляться законами, все более отдаляющимися от собственно мусульманских концепций.

Стремление открыть сегодня "дверь обновления" характерно для рационально мыслящих представителей мусульманского мира, не склонных подчиняться традиционной властной установке. Однако не так-то просто убедить в этом неподготовленную массу мусульман. Она не хочет

отказаться от подхода, который как бесспорный существовал в течение веков. Если изменения допускаются, то лишь минимальные и всегда с крайней осторожностью.

Опасность всякой попытки модернизации и рационализации мусульманского права очевидна; трудно представить, как будет сохранено в случае торжества данной тенденции мусульманское единство в мире, где общество верующих разделено на различные независимые государства. Поэтому для приспособления мусульманского общества к современной жизни, очевидно, будут предпочтены способы, находящиеся как бы вне мусульманского права (обычай, соглашение, регламенты), но не противоречащие ему. Эти способы имеют ряд преимуществ, в том числе возможность избежать обсуждения принципов, выдвинутых традицией, на которых основывается единство общины верующих.

### Глава III. ПРАВО МУСУЛЬМАНСКИХ СТРАН

441. Мусульманское право и право мусульманских стран. Около 500 миллионов мусульман составляют большинство населения в трех десятках государств и значимое меньшинство -- в других. Но ни одно из этих государств не руководствуется исключительно мусульманским правом. Повсюду обычай или законодательство вносят либо дополнения, либо исправления в это право, хотя в принципе его авторитет и является бесспорным.

С мусульманским (религиозным) правом не следует смешивать позитивные правовые системы мусульманских стран, необходимо различать понятия "мусульманское право" и "право мусульманской страны". Как и в христианских странах, гражданское общество никогда не смешивается в исламе с обществом религиозным. Гражданское общество всегда живет под властью обычаев или законов, которые, безусловно, опирались, в общем, на принципы мусульманского права и отводили им серьезную роль, но могли в то же время -- в различные эпохи, в определенных странах или по определенным вопросам -- отходить от ортодоксальных положений и входить в противоречие с принципами и нормами религиозного мусульманского права. Даже тогда, когда фикх обладал самым высоким авторитетом, не все его элементы имели одинаковое практическое значение. В этой смеси правовых, моральных и религиозных положений, составляющих мусульманское право, есть положения юридического порядка, предписания определенного поведения, нормы нравственной дисциплины, и надо всегда отличать "реальность от утопии, действительные результаты юридической жизни -- от химер, созданных воображением теологов". Отчасти в силу этой причины

мусульманское право лишь частично воспринималось как корпус права. Оммеяды в период завоеваний мало заботились о праве, и его рецепция в качестве права исламских стран произошла только при династии Аббасидов, движимых теократическим духом.

442. Личный статус и другие вопросы. Но даже и тогда рецепция не была полной. Хотя теоретически все отрасли мусульманского права одинаково связаны с религией ислама, на практике между ними были установлены различия. Личное и семейное право, которые содержали нормы ритуального и религиозного поведения, всегда считались наиболее важными в шариате. В сознании мусульман очень тесная связь существует между частями права, образующими "личный статус", и религией; именно этому вопросу посвящено наибольшее число предписаний Корана.

Напротив, в отношении других вопросов "светизация" или определенная ее степень была допущена довольно легко. Конституционное право в том виде, как оно понимается мусульманским правом, всегда было лишь набожной мечтой. Уголовное право очень рано отделилось от ортодоксального мусульманства, так же как и фискальное право".

В глазах теологов правители могут быть виноваты в том, что они даже в этих вопросах отходят от норм шариата. Верующие же ни в чем не могут себя упрекнуть, если они подчиняются нормам, установленным властями, так как сам Коран предписывает им подчиняться властям. Необходимость всегда снимает с верующих грех несоблюдения правовых норм.

443. Судебная организация. Мусульманский идеал -- установить единство сообщества верующих и гражданского общества -- никогда не был осуществлен. Об этом свидетельствует, например, дуализм судебной организации.

Наряду с судами кади, возникшими при Оммеядах и бывшими, согласно мусульманскому праву, единственными законными судебными органами, всегда существовали и другие типы судов, применявшие примитивные обычаи или регламенты, установленные властями. Деятельность этих судов всегда в большей или меньшей степени отступала от строгих норм мусульманского права: полицейская юрисдикция, юрисдикция инспектора рынков, юрисдикция справедливости халифа или его представителей.

444. Характеристика современного развития. Три значительных феномена имели место в XIX и XX веках в праве мусульманских стран. Первый из них -вестернизация этого права, затронувшая многие его разделы. Второй -кодификация разделов, которых не коснулась вестернизация. Третий--упразднение специальных судов, призванных

применять мусульманское право.

445. Вестернизация права. Мусульманское право всегда признавало за властями право принимать решения, направленные на охрану общественного порядка. Однако это полномочие использовалось в течение многих веков очень скромно, не омрачая теологов ислама. Иное положение сложилось в последнем веке в ряде мусульманских стран. Это полномочие стало применяться настолько интенсивно, что привело к образованию новых отраслей. Малосущественно, как это произошло: путем принятия кодексов в одних странах, законов -- в других или с помощью судебной практики. Результат повсюду одинаков, а именно: за пределами персонального статуса (лицо, семья, наследование), в сферах, которые не затрагивают "священные основы", применение норм мусульманского права уступило место применению норм, заимствованных в романо-германской семье или семье общего права. Во многих мусульманских странах оказались в результате вестернизированы конституционное право, административное право, гражданское и торговое право, процессуальное право, уголовное право, трудовое право. Все эти отрасли сохранили лишь небольшое число норм, восходящих к мусульманскому праву'.

446. Кодификация личного статуса. Кодификация предписаний, относящихся к личному статусу, породила сложную проблему. Не вызывало сомнений, что в этой сфере правители не полномочны изменять нормы мусульманского права. Вопрос состоял в том, могут ли они, не меняя этих норм, привести их в определенную систему, консолидировать? Положительный ответ на этот вопрос весьма сомнителен.

Провести такую работу было очень соблазнительно, так как это избавило бы от необходимости ссылаться на многочисленные труды, часто неясные, составленные на арабском языке, который не был разговорным языком во всех мусульманских странах. Опасность рационализации права, которой чревато любое мероприятие кодификационного плана, испугала мусульманских традиционалистов, и до недавнего времени властям не разрешено было законодательствовать по вопросам личного статуса и религиозных институтов, даже если они хотели только вновь изложить нормы, ранее уже применявшиеся.

Кодексы личного статуса, подготовленные в Египте Мохаммедом Кадри-пашой, в Алжире -- Л. Мораном, остались лишь частными трудами, хотя их высокая научная ценность и в то же время полное соответствие ортодоксальным положениям были повсеместно признаны'. В Турции даже Гражданский кодекс и Гражданский процессуальный кодекс, опубликованные в 1870 и в 1876 годах под названием "Мессель", не

регулировали личные права, а также семейное и наследственное право, несмотря на большое неудобство, связанное с этим (туркам приходилось прибегать к источникам на арабском языке). В Саудовской Аравии король Ибн-Сауд объявил в 1927 году о своем намерении создать кодекс мусульманского права на базе его доктринального изложения Ибн-Таймой; оппозиция оказалась такова, что проект создания кодекса был отвергнут.

Идея, которая с таким трудом пробивала себе путь, в конце концов восторжествовала в различных странах. Первой кодификацией мусульманского права, которая получила силу закона и в области семейного права и наследования, был иранский Гражданский кодекс, промульжированный в 1927--1935 годах. Кодексы личного статуса были приняты в Сирии, Тунисе, Марокко, Египте, Иордании, Ираке, Южном Йемене. В Алжире законодатель реформировал режим опеки и институт безвестного отсутствия. Реформы семейного и наследственного права проведены в Пакистане.

Во многих мусульманских странах, как мы видим, некогда отвергнутая тенденция укрепляется в наше время. Тем более объяснима та сдержанность, с которой когда-то относились к кодификации права личного статуса. Несмотря на все старания придать изменениям респектабельный вид путем их утверждения религиозными властями, нет сомнений в том, что эти компиляции, по крайней мере в ряде стран, внесли серьезные изменения, которые не соответствовали ортодоксальному мусульманскому праву.

447. Упадок традиционных судов. Рассмотренные выше компиляции, какой бы критике ни подвергали их традиционалисты, совершенно явно базируются на мусульманском праве, основные концепции которого ими восприняты. Этого нельзя сказать о других кодексах, которые в течение последних ста лет появились во многих мусульманских странах. Если рассмотреть уголовные или уголовно-процессуальные кодексы, обязательственный, торговый или гражданско-процессуальный кодексы, а также новые положения административного или трудового права, то совершенно очевидно, что все указанные акты в различных странах послужили делу рецепции западных концепций.

Установившийся таким образом дуализм мог казаться вполне жизнеспособным, до тех пор пока в различных странах существовали два вида самостоятельных судов для применения двух указанных систем, совершенно противоположных по их принципиальным методам и по самой своей природе. Одна из этих систем была основана на сравнительном праве и на разуме, другая - на аргументации авторитета и вере. Первая система

весьма подвержена изменениям, вторая -- по существу своему неизменяема. Однако в наши дни вторая система явно уступает позиции первой. Одни и те же судьи, число которых во многих странах увеличивается, одновременно применяют и "современное право", и мусульманское право. Традиционные мусульманские суды, ликвидированные в Турции с 1924 года, прекратили свое существование в Египте, Тунисе, Пакистане, Алжире, Марокко, Гвинее и Мали. Для применения норм шариата, как и для применения современных кодексов, теперь и в этих странах приходится обращаться к юристам, получившим образование западного образца. Мусульманскому праву эта новая ситуация угрожает еще в большей степени, чем угроза, возникшая с принятием кодексов. Обратившись, например, к Индии, мы увидим, что в результате деятельности судей, прошедших школу общего права, мусульманское право в этой стране стало независимой системой, существенно отличающейся от чистого мусульманского права и часто называемой поэтому англо-мусульманским правом<sup>2</sup>.

448. Различие современных правовых систем. Позитивные правовые системы мусульманских стран в их современном виде различны между собой, так как общественное развитие этих стран очень разнообразно, а традиции также далеко не одинаковы. Египет, Мали, Пакистан, Индонезия различны со многих точек зрения. Общую картину правовых систем мусульманских стран в связи с этим дать очень трудно. Однако некоторые общие черты следует установить, выделив при этом три группы стран.

Первую группу составляют страны с мусульманским населением, ставшие социалистическими республиками: Советские республики Средней Азии, а также Албания. В этих государствах, основанных на принципах марксизма-ленинизма, ислам не признается государством; здесь не стремятся сохранить мусульманское право, рассматриваемое как проявление обскурантизма. Право этих республик, следовательно, -- светское право, стремящееся установить общество нового типа, основанное на совершенно иных принципах, нежели принципы ислама. Мусульманское право здесь не применяется судами. Возможно, оно соблюдается тайно среди населения.

Вторую группу составляют, напротив, государства, наименее затронутые современными идеями. Саудовская Аравия, ЙАР, Аден, эмираты Персидского залива -- вот наиболее типичные представители данной группы. Эти страны теоретически живут по нормам мусульманского права, а фактически -- по нормам обычного права, которое признает превосходство и совершенство мусульманского права, но часто с

ним расходится.

Третью группу составляют государства, в которых мусульманское право, более или менее сведенное прецедентами к обычаю, сохранилось только для регулирования отдельных сторон общественной жизни, затрагивающих личный статус и религиозные учреждения, иногда земельный режим, в то время как имеется "современное" право, регулирующее новые сферы общественных отношений.

Эта группа в свою очередь подразделяется на две подгруппы в зависимости от того, было ли указанное современное право выработано по образцу общего права (Пакистан, Индия, Малайзия, Нигерия) или по образцу французского права (африканские государства с французским языком, ряд арабских государств) или права голландского (Индонезия).

Особый случай -- Судан. В этой стране еще в 1900 году Ордонанс о правосудии по гражданским делам предписал судам восполнять пробелы права, основываясь на "справедливости и сознании". Под прикрытием этой формулы были восприняты многие нормы английского права. Однако, стремясь сблизиться с другими странами французского влияния, Судан попытался изменить ситуацию, приняв в 1971--1972 годах кодексы, построенные на модели египетских. Однако эта реформа плохо реализовалась и проблема требует нового решения<sup>2</sup>.

Другой особый случай -- Турция. Страна неарабская, политически и экономически тесно связанная с Западной Европой. Турция занимает особое место среди стран с мусульманским населением. С точки зрения чисто юридической Турция, однако, меньше отличается от других мусульманских стран, чем это можно было предположить сорок лет назад. Кемалистская революция, реципировавшая, в частности, в 1926 году швейцарский Гражданский кодекс, не была таким полным разрывом с прошлым, как это иногда полагают. Она лишь выявила и, возможно, ускорила эволюцию, которая началась с 1839 года, когда священная хартия Гюльхане открыла эпоху, называемую Танзиматом. Наиболее удивительным было принятие Турцией в 1926 году личного статуса, семейного права и права наследования европейского образца, которое порывало с традиционными мусульманскими понятиями. Турки тогда осудили многобрачие, одностороннее расторжение брака мужем, неравный раздел наследства между сыновьями и дочерьми покойного. С тех пор все эти реформы были осуществлены или осуществляются во многих мусульманских странах, и здесь Турция была первой, но не единственной страной.

Многие страны с мусульманским населением выражают ныне

стремление построить социализм. Вопрос лишь в том, какой социализм имеется в виду и в какой мере окажется совместимым создаваемое государство социалистического типа с принципами исламской цивилизации и права.

449. Вестернизация и мусульманское право. Всякий ли след традиционного мусульманского права исчез в мусульманских странах, которые, казалось бы, все более строят свое право на западный манер? И следует ли поэтому вычеркнуть теперь мусульманское право из числа крупных правовых систем современного мира? Каков бы ни был прогресс, достигнутый в мусульманских странах по перестройке права по западному образцу, мы должны остерегаться таких выводов. Наиболее опытные авторы также предостерегают нас от этого. "Последним словом в дискуссии о рецепции западных институтов,-- говорит Л. Миллио,-- будет, вероятно... их исламизация". Андерсон также считает, что мусульманские страны в своем сегодняшнем праве сумели объединить в соответствии с их традицией и мышлением различные элементы как традиционного происхождения, так и воспринятые из западных стран'.

В мусульманских странах можно создать новый современный сектор в праве, который воспримет западные концепции; можно в той или иной мере отбросить материальные нормы, соответствующие ортодоксальному исламу, и дойти даже до "светизации" права, отказавшись от основных понятий мусульманского права. Тем не менее мусульманское право в результате этого не войдет полностью в семью романских правовых систем; во всяком случае, для этого потребуются длительный период времени. Юристы мусульманских стран долго еще будут следовать традиционным методам рассуждения и мышления, которые и во всех иных сферах жизни, а не только в правовой являются методами, присущими обществу, в котором они живут. Надо реформировать все общество, а не только право, надо отказаться от всей исламистской цивилизации в целом, чтобы полностью ликвидировать юридическую традицию мусульманства. Такое желание есть в мусульманских государствах, ставших социалистическими республиками. В других мусульманских странах такого стремления нет; даже Турция, стремящаяся стать светским государством, не пытается революционизироваться настолько, чтобы отбросить все мусульманское. Вполне возможно в этих условиях, что модернизация права не приведет к полному присоединению этих стран к романской правовой системе или системе общего права. Скорее можно ожидать, что в указанных странах возникнет синтез категорий и понятий, заимствованных из западного права, и методов рассуждения и подхода, глубоко

пронизанных традицией мусульманского права. Некоторые недавно опубликованные работы показывают, как, имея тексты, сходные с европейскими кодексами, юристы арабских стран тем не менее могли более или менее сознательно применять мусульманскую традицию, которая иначе, чем в Европе, понимает понятие ущерба или принцип свободы договора.

Кассационный суд Туниса, констатировавший, что мусульманское право сохраняет в стране значение лишь субсидиарного источника права, отказал тем не менее в праве на наследование мусульманке, вышедшей замуж за немусульманина, хотя такого рода ограничения не предусмотрены наследственным правом.

По всем этим причинам, изучение мусульманского права сохраняет и надолго сохранит свой интерес с точки зрения международной и для сравнительного права. Раздел второй ПРАВО ИНДИИ

450. Определение индусского права. Вторую систему традиционного права, которую признает и авторитет которой чтит очень широкое общество, составляет индусское право. Индусское право -- это не право Индии, так же как право мусульманское не то же самое, что право государств с мусульманским населением. Индусское право--это право общины, которое в Индии и других странах Юго-Восточной Азии исповедует Индуизм. Так же как ислам, индуизм обязывает своих последователей, помимо принятия на веру определенных догм, и к определенному пониманию мира. Это понимание предлагает особую общественную структуру и особый образ жизни; таким образом, религиозные предписания в огромной степени играют ту же роль, которая в других типах обществ принадлежит праву. Подавляющее большинство жителей Индии исповедуют эту доктрину, которая, таким образом, играет важную роль в отношениях, связанных с "личным статусом". Вместе с тем сегодня в Индии значительный круг общественных отношений регламентирован общенациональными нормами, основанными на английских понятиях,

Рассмотрим последовательно право индусской общины, а затем право Индии как национального государства. Глава I. ПРАВО ИНДУССКОЙ ОБЩИНЫ

451. Шастры. Цивилизация Индии отлична от христианской или исламской цивилизации'. Для мусульман и евреев основным является принцип Священного писания, согласно которому все люди равны перед богом, по образу и подобию которого они созданы. Индуизм не знает этой фундаментальной западной концепции. Для него "человек" -- простая

абстракция: имеются лишь "люди", разделенные с момента рождения на социальные иерархические категории, каждая из которых имеет свою систему прав и обязанностей и даже мораль.

Нормы, говорящие о поведении людей, изложены в книгах, именуемых шастры. Имеются шастры трех видов, ибо мир покоится на трех основах и поведение людей можно определить тремя движущими силами: добродетелью, интересом и удовольствием. Шастры учат людей, как они должны вести себя, чтобы быть угодными богу, и это наука дхарма. Другие шастры учат, как разбогатеть и специально искусству руководить (артха -- наука пользы и политики). Шастры развивают также науку удовольствий (кама).

Все три шастры -- дхарма, артха и кама -- легитимны, и естественный порядок вещей требует, чтобы люди надлежащим образом соблюдали их. При этом каждый должен вести себя так, как это предписано социальной касте, к которой он принадлежит: брахман в соответствии с дхармой, правители и торговцы -- с артхой, а женщины, у которых нет собственной посмертной судьбы, -- с камой.

Индусская философия признает за дхармой известный приоритет, но отсюда не следует, что артха и кама в обязательном порядке должны подчиняться ее требованиям. Дхарма не есть выражение индуистской морали во всем ее объеме, и в этом смысле она отличается от фикха, безоговорочно господствующего в мусульманском обществе. Еще в меньшей мере, чем фикх, она может рассматриваться как "право" в собственном смысле слова. Дхарма -- это скорее простая модель, допускающая отклонения и требующая гибкости в духе реализма и терпимости, которая является отличительной чертой индуизма.

452. Дхарма. Дхарма основана на веровании, что существует всемирный порядок, вытекающий из природы вещей и необходимый для сохранения мира, причем сами боги являются лишь хранителями этого порядка. Дхарма говорит о поведении людей, не различая религиозные и юридические обязанности. Например, она указывает, какому наказанию следует подвергнуться за грехи, говорит о ситуациях, когда требуются жертвоприношения, определяет, в каких случаях следует подавать милостыню и каковы правила гостеприимства. Дхарма предписывает правителям посещать храмы и обеспечивать общественную безопасность. Идея "субъективных прав", конечно, чужда дхарме; ее стержень -- комплекс обязанностей, соблюдение которых обязательно для всех тех, кто не хочет покрыть себя позором и думает о потустороннем мире. Эти обязанности весьма строги и варьируются в зависимости от поведения индивидов и

возраста, которого они достигли. Авторитет дхармы основан не на обычае, а на почитании тех, кто создал эти правила, мудрецов давних времен, которым дано было видение общественного порядка.

453. Дхармашастры и нибандхазы. Дхармы изложены в специальных трактатах, именуемых дхармашастры, которые весьма многочисленны. Наиболее известные из них -- в стихах: это законы Ману, законы Яджнавалкья, законы Нарада, которые, как полагают, были составлены в период между I веком до н. э. и III--IV веками н. э. Авторитет того или иного трактата, излагающего дхарму, окончательно и неизменно установлен традицией. Дхармашастры, признанные таковыми, составляют единое целое независимо от даты составления каждой из них. Чтобы познать дхарму, нужно учитывать весь этот комплекс. Знание дхармы нельзя почерпнуть из какого-либо отдельного труда, как бы авторитетен он ни был: шастры освещают и дополняют одна другую.

От дхармашастр неотделимы и другие сборники -- нибандхазы, которые являются как бы комментариями дхармашастр. Цель нибандхаз -- разъяснить часто неясный смысл дхармашастр, сделать их понятными простым людям, разрешить явные противоречия между различными дхармашастрами. Одни нибандхазы охватывают целый комплекс дхарм, другие рассматривают только один какой-либо институт. Их авторы иногда известны, а иногда -- нет. Даты составления нибандхаз находятся где-то между XI веком и концом XVII века.

Дхармашастры и нибандхазы многочисленны. В одной местности отдают предпочтение одним из них, в другой -- другим. Подобным образом и разные социальные слои населения подчиняются разным нибандхам. В индусском праве существуют в этой связи две главные школы: Митакшара и Дайябхага. Эти школы, вместе с их под-школами и разветвлениями, господствуют, подобно мусульманским толкам, каждая в определенных географических районах, хотя личный статус индивидов следует за ними и не зависит от того, где они проживают. Школа Дайябхага преобладает в Бенгалии и Ассаме, школа Митакшара--в Индии и Пакистане.

454. Дхарма и обычай. Жизнь в этом мире не урегулирована и не может быть урегулирована одной только дхармой. Если дхарма выражает извечную истину, то другие элементы служат для определения поведения людей, оценки полезного и приятного (аргха к кама). Разумный человек сочетает добродетель с интересом и удовольствием, и при этом не следует надеяться, что поведение людей будет полностью соответствовать дхарме, ибо период, в который мы живем,-- это несчастливое время упадка.

Поэтому сама дхарма допускает не только обычай *praeter legem*, но

обычай *contra legem*. По Яджнавалкья и законам Ману нужно воздерживаться от следования правилу поведения, установленного текстами, если общество не воспринимает этого правила<sup>2</sup>. Обычно-правовые нормы исходят из условия места и времени и поэтому не связаны с божественным предписанием, лежащим в основе дхармы. Таким образом, позитивное индусское право является обычным правом, в котором в той или иной мере доминирует религиозная доктрина -- индуизм; она определяет нормы поведения, в соответствии с ней изменялись или толковались обычаи. Обычаи весьма разнообразны. Каждая каста или подкаста следует своим собственным обычаям, собрание касты (панчаят) разрешает в местном масштабе все затруднения и все споры, опираясь на общественное мнение. Собрание, решающее вопросы голосованием, располагает и эффективными средствами принуждения; наиболее строгой санкцией является отлучение; это строгое наказание в обществе, где жизнь не мыслится вне принадлежности к той или иной группе.

В регламентации поведения индуса еще одним дополнительным к обычаю фактором являются сознание и справедливость. Дхармашастры рекомендуют индивидууму поступать, а судье решать дела по совести, по справедливости в случае, если нет определенной правовой нормы по данному вопросу. Так, законы Ману рекомендуют прибегать в случаях, вызывающих сомнение, к "внутреннему удовлетворению".

455. Законодательство и судебная практика. Судебные прецеденты и законодательство ни дхарма, ни доктрина индуизма не считают источниками права. Правителям разрешается законодательствовать. Однако искусство управления и институты публичного права восходят не к дхарме, а к артхе. Дхарма требует повиновения легитимным приказам правителя, но сама она по природе своей такова, что законы и приказы правителя не могут оказать на нее никакого воздействия. Эти законы и приказы -- меры, вызванные временной необходимостью, они оправданы конкретными обстоятельствами и изменяются вместе с ними. Даже когда имеется закон, судья не должен применять его ригористически, ему предоставлено широкое усмотрение, чтобы всеми возможными способами примирить справедливость и власть.

Еще меньше, чем законодательство, может претендовать на роль подлинного источника индусского права судебная практика. Как и законодательство, организация правосудия -- это сфера, относящаяся к артхе. Конкретные судебные решения обуславливаются обстоятельствами, дхарма при этом -- лишь общий руководящий путеводитель, и естественно, что судьи отходят от нее, если этого требуют разумные причины и при

условии, что не затронут основополагающий принцип дхармы. Судебное решение, эмпирическое по природе, ни в коем случае не может рассматриваться как обязательный прецедент; его авторитет ограничен конкретно рассмотренным делом; решение оправдано только в свете тех обстоятельств, которыми руководствуется, вынося его, суд.

456. Современная доктрина. В дхарме правовые нормы сформулированы и сгруппированы иначе, чем в западном или мусульманском праве. Религиозные и правовые предписания перемешаны друг с другом. Многие нормы юридического характера обнаруживаются в дхармашастрах, которые, судя по их названию, относятся скорее к религии, чем к праву. Книга, которая более непосредственно посвящена праву, в том смысле как его понимают на Западе, называется виавахара. В начале ее говорится об отправлении правосудия и процессе, а затем изложены 18 видов споров, охватывающих частное и уголовное право. Нормы публичного права встречаются в дхармашастрах, но о науке управления говорится не в них, а в артхашастрах.

Авторы современных книг об индусском праве, находящиеся под влиянием западноевропейской модели, не стремятся более изложить дхарму и посвящают основное внимание нормам, реально действующим сегодня в отношении индусов. Из этих книг выпадает все, что с западной точки зрения относится к религии, а также все те отрасли права, которые входят в территориальное право Индии, то есть применяются ко всем жителям страны независимо от их религиозной принадлежности. Собственно индусское право, излагаемое в этих книгах, включает преимущественно следующие разделы: родство, недееспособность, усыновление, брак и развод, семейная собственность, наследование по закону и завещанию, религиозные институты, дамдупат, соглашения бенами, совместная собственность. По названиям разделов трудно судить об оригинальности индусского права, но достаточно раскрыть любую из книг, чтобы увидеть обилие терминов, которые не переведены, поскольку не имеют аналогов в западном праве. Индусскому праву известно, например, восемь видов брака, а наличие при этом совместной семейной собственности делает это право еще более сложным для нас. Чтобы хорошо читать и понимать книги об индусском праве, нужно познакомиться с понятиями и социальными структурами индуизма.

457. Мусульманское господство. Мусульманское господство, которое установилось в Индии в XVI веке, затормозило развитие индусского права. Суды применяли только мусульманское право. Обычное индусское право применялось тогда только панчаятами каст, но оно не могло развиваться и

укреплять свое влияние посредством деятельности судебных и административных органов государства. Это право оставалось, таким образом, скорее сферой религии, приличий и нравов.

458. Английское господство. Таково было положение, когда англичане в XVII и XVIII веках установили свое господство -- сначала фактически, а затем юридически, заменив господство Великого Могола.

В соответствии с господствовавшим в их политике принципом английские завоеватели Индии не стремились распространять на новых подданных действие английского права. Они не возражали против применения в отношении населения Индии, особенно в области частного права, более знакомых этому населению правовых норм. Установление английского господства оказало, однако, значительное влияние на развитие индусского права. Это влияние проявилось двояко'.

Прежде всего следует отметить его положительное действие, так как был официально признан, в отличие от периода мусульманского господства, авторитет индусского права. Англичане признали равное значение мусульманского и индусского права в тот день, когда английским судам было предоставлено право рассматривать и споры, не затрагивающие интересы англичан.

С других точек зрения английское господство было, напротив, губительным для индусского права. Мы увидим, что оно повлекло за собой глубокую трансформацию этого права; следствием этого влияния было ограничение индусского права лишь регламентацией узкого круга отношений, тогда как наиболее важные сферы общественной жизни подпали под действие нового территориального права, применявшегося ко всем гражданам Индии независимо от их религиозной принадлежности.

459. Использование пандитов. Желанию англичан уважать нормы индусского права препятствовало незнание этого права новыми хозяевами Индии, особенно в первый период их господства. Первоначально англичане ошибочно полагали, что дхарма -- действующее право Индии. Работы, посвященные ей, были написаны на языке, неизвестном англичанам; кроме того, их дезориентировала сложность этих работ. Чтобы найти выход из положения, несколько раз предпринималась кодификация. А пока кодификация не была завершена, прибегли к хитрости. Решили, что английские судьи будут приглашать экспертов-пандитов, которые должны подсказывать им решение спора, основываясь на дхармашастрах и нибандхазах. Таким образом, до 1864 года роль английского судьи состояла лишь в том, что он придавал исполнительную силу решению спора, подсказанному пандитом.

460. Использование других технических приемов. Пан-диты подвергались резкой критике со стороны ряда авторов. Их обвиняли в продажности, в плохом толковании норм индуcского права и даже в совершении подлогов. Другие авторы, наоборот, защищали пандитов. Сам принципа на котором основывалось применение индуcского права и обращение к пандитам, был неверен: нельзя найти решение спора в священных книгах, говорящих об идеале; следовало гибко учитывать также обычаи и справедливость.

Английские судьи не удовлетворялись ролью, которая состояла лишь в придании исполнительной силы решениям пандитов. Когда было сделано достаточно переводов книг дхарм, когда уже имелись правовые книги, в том числе и сборники судебной практики по индуcскому праву, написанные по-английски, система изменилась. Тем более что наука выявила и показала ошибку, которая была совершена в понимании характера и роли дхармы.

Что же следовало сделать? Решение не было всюду одинаковым, ибо провинции и их суды долгое время были совершенно независимы одна от другой. На Севере и на Востоке (Пенджаб, провинции Северо-Востока, Дек-кан) встали на путь применения местных обычаев; это особенно отчетливо проявилось в Пенджабе, где существовали и обычаи территориального характера {десха-шары). На Юге, в округе суда Мадраса, напротив, сохранился прежний ошибочный подход: там продолжали считать, что, в общем-то, население как будто хорошо приспособилось к существующему положению и что стабильность правоотношений требует применения прецедентов.

461. Деформация индуcского права. Метод применения индуcского права и в том, и в другом случаях вызывает ряд критических замечаний. Английские судьи, если они и хотели применять положения дхармы, были очень плохо к этому подготовлены. Лишь треть или максимум половина дхармашастр были переведены на английский язык. Судьи, таким образом, могли лишь частично познакомиться с системой, которая требует абсолютно полного знания ее источников. В результате оказались санкционированными многие нормы, которые либо вообще не пользовались всеобщим признанием, либо давно устарели. Когда английские судьи стремились применять обычаи, то они исходили из описаний обычаев в работах, написанных европейцами, которые не всегда видели и понимали индуcские понятия и обычаи во всей их сложности. Бесконечное разнообразие этих обычаев и их подлинная роль не могли быть поняты юристами, привыкшими к идеям общего права. Кроме того, английские юристы в соответствии с их собственными методами придавали

судебным прецедентам такой авторитет, который за ними никогда не признавала индусская традиция. Иногда судьи сознательно изменяли индусское право, так как их шокировали его решения; они не всегда отдавали себе отчет в том, что именно эти решения были бы правильными в индусском обществе. Необходимость применять английскую терминологию, малопригодную для понятий индусского права, -- вот другая причина искажения индусского права. В результате действия этих различных факторов индусское право в период английского господства не только не развивалось, но было значительно деформировано.

В Индии было введено английское доказательственное право, что изменило условия применения индусского права. Английские нормы применялись для регулирования отношений между собственниками семейного имущества или в отношении статуса индусских благотворительных учреждений; в первом случае они искажали индусское понятие *Бепати*, а во втором случае могли исказить индусское понятие благотворительной цели или на их основании можно было требовать того, что не вытекало из характера индусского права *дхарм*.

Все отмеченные изменения привели к уменьшению разнообразия местных обычаев, которое сами индусы считали злом. С другой стороны, они часто способствовали эволюции, которую многие считают благотворной, так как она модернизировала индусское право, сохранив его дух. Индусские юристы отзываются также одобрительно о некоторых изменениях, внесенных судебной практикой в сферу семейной собственности или в принцип индусского права, который обязывает сына оплатить долги отца. Судьи сумели в этих областях сохранить основные идеи индусского права, сделав их более гибкими. Индусское право действительно нуждалось в эволюции. Иногда суды только признавали значение новых обычаев, вполне приемлемых с точки зрения индусского права; так, они признали действительность завещания, совершенного индусом, когда практика завещаний, ранее полностью неизвестных индусскому праву, уже получила фактическое распространение.

462. Ограничение сферы индусского права. В период британского владычества произошла не только деформация индусского права, но и ограничение сферы его применения. Индуизм придает каждому действию человека духовную ценность и считает себя призванным регламентировать все аспекты социальной жизни. Он устанавливает правила поведения для всех возможных ситуаций. Однако фактически в момент появления англичан в Индии регламентация была разработана лишь для определенных категорий отношений, затрагивающих внутрисемейные и

кастовые проблемы, проблемы землепользования и наследования. По всем другим вопросам индусское право еще не получило достаточного развития. Неуплата долга рассматривалась дхармой просто как грех, за который человека постигнет возмездие в потусторонней жизни; право предусматривало лишь религиозные санкции в случае неисправности должника.

Британское завоевание прервало самобытный путь развития, который могло бы пройти индусское право, охватывая по мере эволюции общества новые виды отношений. После завоевания это право применялось судами в строго ограниченных сферах: наследование, брак, касты, религиозные институты. Вне этого круга действовала, как мы видели, другая правовая система, развиваемая и применяемая.

Могло ли быть иначе? Вряд ли. В так называемых президентиях (Бомбей, Калькутта, Мадрас) действовало правило, по которому в том случае, когда ответчиком был индус, применению подлежало индусское договорное право. Однако практическая роль данного правила была незначительна, ибо заинтересованные стороны предпочитали подчинить свои отношения английскому праву, что придавало им большую определенность. Да и толкование норм индусского права проводилось чуждыми местной цивилизации судьями, на английский манер.

463. Британское законодательство. Сами индусы обнаружили стремление к реформам права, которое не соответствовало более обычаям и часто казалось им устаревшим и препятствовавшим прогрессу'. Англичане, однако, очень сдержанно имевались путем законодательства в сферы действия индусского права. Принимались законы не очень широкого значения, например для отмены некоторых норм, связанных с системой каст, или норм, устанавливающих недееспособность женщины, так как эти нормы казались несправедливыми уже не только европейцам, но и передовой части индусского населения. Можно назвать также Закон о завещаниях 1870 года. Однако никакой развернутой кодификации, призванной модернизировать индусское право в целом, не было. Такая попытка намечалась а 1833 году, но в 1861-м от нее отказались.

Наиболее значительные законодательные работы были проведены в тех областях, где перестали применять индусское право и где наметилась линия на формирование англо-индийского права. Не перечисляя приняты"; в этой связи законов, отметим, что в некоторых Отношениях и здесь сохранили значение понятия индусского права. Суды Бомбея и Калькутты продолжали и после принятия Закона о договоре 1872 года применять норму о так называемом *damdupat*, согласно которой проценты ни в коем

случае не могут превышать сумму долга. Правда, Мадрасский суд посчитал эту норму отмененной, но закон 1938 года вновь ввел ее в действие в Мадрасе в пользу сельскохозяйственных производителей<sup>2</sup>.

464. Независимость. После провозглашения независимости Индии движение за модернизацию и унификацию индусского права получило возможность развиваться без всяких препятствий. Всю систему судов возглавил новый орган -- Верховный суд Индии, тогда как раньше суды княжеств (Барода. Траванкур. Кочин. Майсур, Хайдарабад) никем не контролировались, если не считать весьма условного контроля со стороны Судейского комитета Тайного совета. Верховный суд получил право подтвердить или отбросить судебные решения, принятые в период британского господства. Таким путем была выполнена работа по некоторому упорядочению и унификации индусского права.

В плане законодательном была создана специальная комиссия для изучения вопроса о том, какие в целом законодательные реформы следует внести в право Индии, в том числе и в право индусской общины. Труды этой комиссии уже дали видимые результаты. Можно сказать, что нет ни одного важного принципа старого права, который бы не был отменен или обновлен законодательством или кодексами<sup>1</sup>.

Сама Конституция Индии отвергла систему каст. Статья 15 запрещает дискриминацию по мотивам кастовой принадлежности. Все вопросы, связанные с браком и разводом, были существенно реформированы и унифицированы Законом о браке 1955 года. Брак в концепции индуизма -- священный союз; он рассматривался традиционным индусским нравом как дарение, совершенное родственниками жены родственникам мужа. От женщины как объекта договора не требовалось согласия на брак; брак был нерасторжимым, а многоженство разрешено. Все эти нормы отвергнуты новым индусским правом: многоженство запрещено, закон предусматривает развод и даже возможность установления алиментов. Кроме того, закон требует, чтобы каждый из супругов дал личное согласие на брак, рассматриваемый отныне как договор, и устанавливает минимальный брачный возраст и для мужчины, и для женщины: уменьшено число препятствий к заключению брака. Таким образом, в индусском праве произошла настоящая революция. Однако новый закон остается законом индусского права, так как он применяется только в отношении индусов (за исключением некоторых отсталых общин), а не ко всем гражданам Индии.

Три другие части индусского кодекса (Закон о браке составляет его первую часть} посвящены несовершеннолетним и опеке (Закон о

несовершеннолетних и опеке 1953 года), усыновлению и алиментным обязательствам (Закон 1956 года", наследованию (Закон о наследовании 1956 года),

Закон о наследовании, явившийся как бы вершиной движения, вызвавшего к жизни ряд законов, пытается обеспечить такое распределение наследства, которое не обходило бы и женщин. Согласно прежнему индусскому праву, в соответствии с религиозными установками наследовали только лица, могущие приобрести какие-то блага покойного духовного порядка, а эта основополагающая идея исключала женщин из круга наследников. Следует, однако, отметить, что право наследования имело небольшое распространение в индусском праве, ибо все имущество, за небольшим исключением, являлось семейной собственностью- Упадок общей семейной собственности в наше время с необходимостью повлек за собой и изменения в праве. Уже в 1930 году было установлено, что заработная плата лица принадлежит исключительно ему. За этой реформой последовали другие, в частности реформа наследственного права 1936 года.

Законы об аграрной реформе были очень многочисленны в штатах Индии после 1950 года. они стремились ограничить привилегии крупных земельных собственников.

465. Характер эволюции. Индусское право в наши дни приобрело в Индии совершенно новые черты. Оно остается правом, применяемым только к индусской части населения Индии. Однако отпало много обычаев, нарушавших его единообразие. Это первое значительное изменение по сравнению с прошлым. Значительны и изменения по существу, причем такие, которые не являются безупречными с ортодоксальной точки зрения. Дхарма должна приспособиться к социальным группам, находящимся на разных стадиях цивилизации. Она никогда не претендовала на то, чтобы быть чем-то большим, чем сводом идеалов, призванных направлять поведение людей. По своей природе она допускает различные временные уступки, если того требуют обычаи или законодательство. Все это отличается от ситуации с мусульманским правом. Нынешние руководители Индии могут существенно отходить от дхармы как права-модели. Они не упускают возможности подтвердить свою приверженность принципам индусской цивилизации. Стремление быть верным традиции прослеживается сквозь все трансформации, и поэтому индусское право остается одной из фундаментальных существующих сегодня концепций социального строя.

466. Индусское право или право Индии? Если право из рамок индусской общины перенести в границы географической территории

страны, то это будет означать радикальную трансформацию. Она уже произошла в ряде сфер, и здесь мы видим уже не индусское, а индийское право.

Статья 44 Конституции Индии предусматривает издание единого Гражданского кодекса для всех граждан Индии. Однако, как известно, до сих пор применяется другой метод: все усилия направлены на модернизацию и унификацию индусского права. Тем не менее вполне возможно, что положения Конституции в Индии будут частично осуществлены путем реформ, которые по частным вопросам отменяют или изменяют право личного статуса, чтобы заменить его правом, одинаковым для всех.

Может быть, некоторые законы и выражают это движение, предусматривая и регулируя отношения между гражданами Индии, исповедующими разные религии. Так, специальный Закон о браке 1954 года объявляет действительными с точки зрения закона браки между индусами и мусульманами (или другими неиндусами). Принятие этого закона хорошо показывает революцию идей, происшедшую в течение века. Генри Мэн действительно создал сто лет назад проект такого закона, но данный проект не был осуществлен в связи с вызванной им единой оппозицией; "епископы, пандиты, раввины, мобеда и муллы -- все были полностью единодушны на этот раз". Возможно, что право лиц будет развиваться таким образом, чтобы создать своего рода новое *jus gentium* (право народов), применяемое в областях, в которых ранее действовали различные личные статусы.

Каким бы ни было будущее развитие, в настоящее время индусское право остается для огромного большинства индусов единственным важным корпусом права. Оно регламентирует их личный статус, который понимается весьма широко. Личный статус включает не только неимущественные отношения, но распространяется и на важные имущественные права, каковыми считают право наследования или статус общности семейного имущества. Индусское право проникает через этот канал и в предпринимательское право. Например, если какое-либо предприятие эксплуатируется "ленами одной семьи без участия посторонних лиц -- а это бывает очень часто,-- нормы торгового права, содержащиеся в законе о товариществе, не применяются. Отношения между участниками будут регулироваться в этом случае индусским правом, так как эти отношения вытекают из личного статуса и считается, что они не имеют отношения к договору. Нет нужды подчеркивать важность института общности семейного имущества в вопросах кредита в стране,

где только семья может в принципе быть собственником. Впрочем, совместная семейная собственность становится как будто более редкой.

467. Новое право и традиционные нравы. Встает вопрос о соотношении законодательства и социологической реальности в стране. Законодатель может росчерком пера ликвидировать режим каст, разрешить браки между лицами, принадлежащими к разным кастам, заменить традиционные собрания каст собраниями деревень. Эта деятельность, необходимая для развития страны, заслуживает одобрения. Но законодатель не может за один день изменить привычки и мировоззрения, имеющие вековые корни и связанные с религиозными верованиями- 80% индусов, живущих в деревнях, вовсе не следуют новым законам, они продолжают жить так, как жили их предки;

управление ими и правосудие осуществляются, помимо официальных органов, на основании традиционных и хорошо знакомых им институтов. Деятельности законодателя здесь недостаточно, нужна терпеливая работа по перевоспитанию. Успех ее связан с развитием современной экономики в Индии. Трудно, конечно, выйти из этого порочного круга, так как это развитие в значительной степени тормозится структурой, верованиями и поведением, выкованными очень уважаемой традицией с незапамятных времен. Глава II. НАЦИОНАЛЬНОЕ ПРАВО ИНДИИ

468. Определение индийского права. Индусское право -- это право сообщества, объединяемого брахманизмом. В наши дни наблюдается стремление заменить это право правом национальным, применение которого не зависит от религиозной принадлежности граждан. Современная тенденция в Индии -заменить традиционные концепции религиозного права (индусского, мусульманского или канонического) западной концепцией светского права, не связанного с религией. Это национальное право Индии называют индийским правом в отличие от индусского права. Национальное право включает все законы Индии, имеющие, как правило, всеобщее применение, даже если частные положения этих законов оговаривают, что они не распространяются на отдельные категории граждан. Индийский закон о наследовании, например, рассматривается как часть индийского права, хотя он специально оговаривает, что, за исключением нескольких пунктов, он не распространяется на индусов, мусульман, буддистов и парсов, то есть на огромное большинство населения Индии, во всем, что касается наследования по закону.

469. Понятие *lex loci*. Понятие территориального права (*lex loci*), рассматривающее право как комплекс норм, не связанных ни с религией, ни

с племенными обычаями--это понятие западное, современное, чуждое индийским традициям. До установления английского господства это понятие было неизвестно в Индии. В то время мусульманское право было действительно единственной правовой системой, которой руководствовались суды и авторитет которой обеспечивали публичные власти. Однако это право нельзя было считать правом территориальным; мусульманское право связано с религией ислама и по самой своей природе не может распространяться на немусульман, идет ли речь о христианах, евреях или индусах. До прихода англичан в большинстве районов Индии применяли мусульманское право к индусам только в области уголовного права. Во всех других вопросах им предоставлялась возможность применять свои обычаи. Территориального права не существовало.

Территориальное право стало развиваться в Индии в период английского господства. Создание такого права казалось наилучшим способом регулирования отношений между людьми, принадлежащими к разным религиозным общинам. Кроме того, и мусульманское, и индусское право оставляло вне сферы их регулирования очень важные части населения Индии, хотя и являющиеся национальными меньшинствами: христиан, евреев, парсов, а также лиц, принадлежность которых к той или иной религиозной общине вызывала сомнение. Территориальное право учитывало эту часть населения, которая стала многочисленной особенно с того момента, когда Индия в 1833 году была открыта для европейцев и когда под влиянием различных факторов барьеры между разными религиозными общинами стали менее жесткими. Наконец, мусульманское право и индусское право имели фактически огромные пробелы, хотя теоретически они могли регулировать любые виды отношений. Развитие Индии требовало, чтобы для регулирования новых отношений было создано территориальное право, общее как для мусульман и индусов, так и для населения, исповедующего другие религии.

470. Территориальное право в "президенциях". Каким же должно было быть это территориальное право и как оно могло быть создано? Ответ на оба эти вопроса менялся в связи со сложностью положения, а также в зависимости от хода политического и конституционного развития Индии.

Принципиальное различие сложилось прежде всего между президенциями -Бомбеем, Калькуттой и Мадрасом, с одной стороны, и остальной Индией -- с другой. В президенциях действовали английские королевские суды, которые в принципе применяли английское право в том виде, в каком оно сложилось к 1726 году. Однако здесь имелось два исключения. Английское право применялось только в том случае, если не

было регламентов, которые издавались местными властями по тем или иным вопросам.

Кроме того, английское право применялось лишь в той мере, в какой его применение казалось возможным в особых условиях Индии. Наконец, компетенция английских судов с самого начала распространялась лишь на те споры, в которых в качестве одной из сторон выступал англичанин, а также на те случаи, когда спорящие стороны признавали эту компетенцию. Когда в 1781 году компетенция английских судов была распространена на все споры, было оговорено, что в отношении частных споров, затрагивающих интересы мусульман или индусов, суды должны применять соответственно мусульманское или индусское право. Тем не менее право, опиравшееся на английские источники и применявшееся в президентциях, положило начало тому, что стало англо-индийским правом.

471. Территориальное право в Мофуссиле. Первый период. В остальных районах Индии сложилось иное положение. Суды, созданные в этих районах, не были английскими королевскими судами. Это были суды Ост-Индской компании, получившей с 1765 года в силу предоставленных ей привилегий право взимания налогов при условии ежегодных платежей императору (Моголу). Это право влекло за собой право отправлять правосудие по гражданским делам. Такое положение сохранялось до 1857 года, когда управление Индией было передано непосредственно Короне.

В этой части Индии не было никаких оснований говорить о применении английского права. Да и применение его было бы затруднительным. Соответственно установилось различие, источник которого следует искать в "плане" генерал-губернатора Уоррена Гастингса, составленном в 1772 году. К вопросам наследования, брака, касты и другим институтам, связанным с религией, следует применять нормы индусского либо мусульманского права; в других областях следует руководствоваться принципами справедливости и совести (*principles of justice, equity and good conscience*). Эта формула содержалась в регламенте 1781 года, которым было учреждено для провинций Бенгалия, Бихар и Орисса два высших суда: по гражданским и по уголовным делам. Эта же формула была вновь повторена в индийском Законе о верховных судах 1861 года, которым проведена реорганизация всей судебной системы Индии. Таким образом, в Мофуссиле сложилось следующее положение: с одной стороны, мусульманское и индусское право, утвердившиеся в ряде областей, не имеют такого широкого применения, как применение в президентциях английского права; с другой стороны, в сферах, не регулируемых мусульманским или индусским правом, не применяется, как в

президенциях, английское право. Суды должны, решая спор, находить норму права, наиболее соответствующую принципам справедливости и совести.

Эта формула, по разъяснению одного ашора, имела целью не расширение, а, наоборот, ограничение сферы применения английского общего права'. Она открывала широкие возможности для разумного применения ее теми, кто решал споры, и не привела к рецепции английского права, во всяком случае во всеобщем плане. Правосудие тогда отправлялось налоговыми чиновниками, которые не были юристами, не знали английского права и часто осуществляли правосудие на одном из языков населения Индии. Английское право казалось вовсе не пригодным для применения к населению, среди которого англичане были весьма малочисленны. В принципе применяли, очевидно, нормы обычного права или нормы, заимствованные из священных текстов, так как население, учитывая его религиозную принадлежность и иные обстоятельства, считало эти нормы более пригодными для справедливости. Применялись нормы индусского или мусульманского права, местные обычаи или нормы, просто казавшиеся более справедливыми судье в условиях "примечательного отсутствия местных правовых принципов".

472. Второй период. Кодификация. Второй период начинается с момента принятия Хартии 1833 года. Идея кодификации, которая восторжествовала во Франции и даже имела многочисленных сторонников в Англии, казалось, могла сыграть особую роль в Индии. Она могла бы послужить утверждению права и его унификации в интересах справедливости и развития страны. Она дала бы возможность рецепции английского права, систематизированного, упрощенного, модернизированного и приспособленного к условиям Индии.

В 1833 году в Совет, состоящий из трех человек и созданный при генерал-губернаторе для оказания ему помощи в управлении Индией, был введен еще один член -- юрист, выполнявший, по существу, функции министра юстиции. Первым на этот пост был назначен будущий лорд Маколей. Он, как и многие его современники, был большим поклонником Бентама и кодификации, которую предусматривал, по крайней мере формально, 53-й раздел Хартии. Первая Юридическая комиссия под его председательством работала с 1833 по 1840 год и представила свой знаменитый доклад, известный как "lex loci report". Комиссия предусмотрела возможность выработки трех кодексов: кодекса, систематизирующего нормы мусульманского права, кодекса, излагающего нормы индусского права, и кодекса, излагающего нормы территориального

права, который будет применяться во всех случаях, где невозможно применение мусульманского или индусского права. Наличие такого кодекса покончит с разнбоем в праве, существующим в различных районах Индии, а в частности с разнбоем между нормами и самими принципами решений, принимаемых в президенциях, с одной стороны, и в остальных районах Индии -- с другой. Комиссия предложила в качестве основы этого кодекса принять, за некоторыми исключениями и с рядом изменений, английское право. Специальная оговорка должна была предусматривать сохранение имеющихся обычаев и старинных обычаев, которым подчиняются туземцы.

Предложения, сделанные первой комиссией, и особенно проект Уголовного кодекса, подготовленный ею, не дали немедленного эффекта. Принцип кодификации, принятый комиссией, встретил сопротивление со стороны юристов общего права. Кроме того, проекты кодексов мусульманского и индусского права вызывали серьезные возражения. Вторая комиссия, созданная в 1853 году, отвергла оба эти проекта и создала несколько более приемлемых проектов, касающихся территориального права. Однако понадобились потрясения, вызванные восстанием 1857 года, и конституционные реформы, последовавшие за ним, чтобы подготовленные проекты были наконец приняты.

Активное движение за развитие законодательства последовало в 1859-1882 годах. Его результатом было принятие ряда кодексов и крупных законов. Таким образом, при содействии двух новых комиссий был создан солидный корпус индийского права, авторитет которого вытеснил прежде влиятельное в президенциях английское право, с одной стороны, и судебную практику прочих районов Индии, основанную на принципах справедливости,-- с другой. Движение затем замедлилось, однако полностью оно не прекращалось никогда.

Кодексы и крупные законы отразили важнейшие элементы индийского права. Любопытно отметить, что название "кодекс" давалось закону только в тех случаях, когда он по своему содержанию соответствовал одному из наполеоновских кодексов. Так, в Индии имеется Гражданский процессуальный кодекс 1859 года, который заменен кодексом 1908 года, Уголовный кодекс 1860 года, Уголовно-процессуальный кодекс 1861 года. Другие крупные законы, кодифицировавшие общее право Индии, напротив, не назывались кодексами. К их числу относятся Закон о наследовании 1865 года, замененный ныне Законом 1925 года; Закон о договорах 1872 года<sup>2</sup>, Закон о доказательствах 1872 года. Закон о реальном исполнении обязательств 1872 года, Закон о ценных бумагах 1881 года, Закон о

переходе собственности 1882 года, дополненный в 1929 году; Закон о доверительной собственности 1882 года и др. Надо отметить, что вопросы деликтной ответственности не были кодифицированы: проект, подготовленный Фредериком Поллоком и предусматривавший кодификацию в этой области, не был принят.

473. Рецепция английского права. В результате принятия всех указанных законов, выработанных английскими юристами и часто даже в Лондоне, в Индии осуществилась настоящая рецепция английского права. Эта рецепция была подтверждена, когда в 1858 году было ликвидировано ставшее уже номинальным господство Могола и в связи с этим прекратил свое действие специальный статут "Ост-Индской компании" и когда в 1861 году была проведена судебная реформа на территории всей Индии. Судьи, воспитанные в духе общего права, еще полнее осуществили рецепцию, начатую законодателем, установив, что под принципами "справедливости и совести" следует понимать нормы английского права. В 1887 году Судебный комитет Тайного совета, контролировавший в качестве высшей инстанции отправление правосудия в Индии, окончательно констатировал: "Справедливость и совесть следует толковать, в общем, так, как это сделано в нормах английского права, если они могут быть применены к обществу и к условиям Индии".

474. Оригинальность индийского права. Кодексы и законы Индии эпохи британского господства базировались на концепциях английского права. Но они не являются плодом простой консолидации. В Индии не ограничились систематическим изложением норм ранее действовавшего права: кодификация была проведена с тем, чтобы перестроить право. Так, авторы Уголовного кодекса заявили, что в своей деятельности они руководствовались и французским Уголовным кодексом, и Уголовным кодексом Луизианы. Кодификаторы индийского права не побоялись далее включить в подготавливаемые ими кодексы и законы положения, которые были направлены на улучшение английского права. Так, например, в Закон о договорах были включены оригинальные нормы, касающиеся встречного удовлетворения, договоров, заключенных несовершеннолетними, формальных договоров, невозможности исполнения и договорной ответственности. Было дано и совершенно отличающееся от английского понятие публичного порядка. В силу этих причин индийская кодификация в свое время считалась определенным прогрессом по сравнению с английским правом. Индийская кодификация послужила образцом для ряда других стран, которые, в частности Восточная Африка и Судан, хотели кодифицировать свое право, сохраняя верность системе общего права.

Конечно, при проведении кодификации в Индии были приняты во внимание особенности страны. В этом можно убедиться, ознакомившись с составами преступлений, предусмотренных Уголовным кодексом; об этом свидетельствует и факт отказа от присяжных при рассмотрении гражданских дел. В Законе о договорах можно отметить в данной связи нормы, касающиеся принуждения к заключению договора, цессии спорных прав, оговорок, ограничивающих свободу торговли; в Законе о наследовании отменены всякие различия между движимым и недвижимым имуществом, упрощены английские формы завещания.

475. Индийское право и семья общего права. Однако, несмотря на все проведенные реформы и несмотря на значение, которое было придано технике кодификации, право Индии до провозглашения независимости, без сомнения, входило в семью общего права. Его принадлежность к этой семье определялась прежде всего терминологией и понятийным фондом. Решения, предлагаемые индийским правом, могли отличаться от английского права, однако они не выходили за рамки общего права и использовали принятые этим правом концепции. Многие положения, характерные для традиционного индийского права, были отброшены.

Индийское право связано, далее, с общим правом своей техникой и самой концепцией нормы права. Конечно, индусы использовали технику кодификации для проведения реформы своего права. Но тем не менее их кодексы -- это кодексы общего права, которые юристы Индии используют так, как используют законодательные материалы в странах общего права.

Правило прецедента допускается, более того, ему придан официальный характер, которого он не имел даже в Англии. С 1845 года в Индии публикуются сборники судебных решений, а также многочисленные частные сборники. С 1861 года публикация официальных сборников рассматривается как одна из обязанностей администрации: она должна знакомить как с правом судебной практики, так и с законодательством.

По используемым понятиям и технике индийское право, бесспорно, родственно семье общего права. В этом отношении характерен пример индийского Уголовного кодекса. Макалей, автор этого кодекса, считал английское уголовное право своего времени отсталым и варварским, он хотел создать кодекс, не связанный с какой-либо существующей системой уголовного права. Юридическая комиссия в своем докладе одинаково отрицательно высказалась о праве мусульманском, индусском и английском; терминология английского права была значительно обновлена. Созданный английскими юристами. Уголовный кодекс Индии 1860 года был, однако, основан на общем праве: в этом кодексе были опущены все

вышедшие из употребления решения английского права, но он по-прежнему сохранял концепции и формы мышления английских юристов, а поэтому представлял собой настоящий кодекс-образец, годный и для применения в Англии.

Индия связана с общим правом не только концепциями и техникой своего права. Она связана с этой семьей права и пониманием системы функционирования органов правосудия тем значением, которое придается отправлению правосудия, должной судебной процедуре, а также идее "господства права". Индусы считают, что вынесение правильного решения по существу дела особенно зависит от правильной судебной процедуры, созданной по английскому образцу. Психология их юристов и судей такая же, как психология английских юристов и судей; тот же престиж имеет судебный процесс. В Индии, как и в Англии, значение судебной власти очень велико, что влечет за собой отсутствие деления права на частное и публичное: суды должны осуществлять общий контроль над всеми делами независимо от того, кто является истцом -- частное лицо или представитель администрации.

476. Отличия от английского права. Не будем заходить слишком далеко в поисках сходства. Существовали и существуют различные элементы, которые довольно значительно отличают правовые системы Англии и Индии. Например, в Индии нет деления права на общее право и право справедливости, как это имеет место в Англии. Это вполне объяснимо. В Индии никогда не было специальных судов по применению норм справедливости. Одни и те же суды всегда применяли одновременно и общее право, и право справедливости. Поэтому в Индии с самого начала сложилось такое положение, к которому английские суды стали подходить только после принятия Законов о судеустройстве 1873--1875 годов, когда общее право и право справедливости слились в единую систему. По выражению одного из авторов, право справедливости нашло свое место в Индии в общем праве, а не в противовес общему праву. Происшедшее таким образом слияние общего права и права справедливости привело к тому, что в Индии совершенно по-иному, чем в Англии, трактуется, например, понятие доверительной собственности; в отличие от английского права здесь нет различия между защищенными правами и интересами. Индийский юрист считает, что если собственность принадлежит самому доверительному собственнику, то бенефициант также является носителем самого настоящего права.

В области вещного права в Индии сохранена терминология английского права. Однако она применяется, например, к режиму

земельной собственности, столь отличающемся от английского, что возникает вопрос, не создает ли единство терминологии лишь обманчивое представление. Сами понятия, носящие английские названия, оказываются зачастую совершенно разными в Англии и в Индии.

Закон о реальном исполнении обязательств 1877 года также свидетельствует об оригинальности индийского права. Этот закон сгруппировал настолько различные по своему происхождению нормы, что в глазах англичан он должен иметь весьма причудливый характер: здесь и нормы права справедливости, касающиеся реального исполнения договорных или иных обязательств, и подтверждения или аннулирования письменных документов, служащих основанием для возникновения обязательств, здесь и нормы, касающиеся реституции имущества, задерживаемого или захваченного без должного основания, и даже нормы, касающиеся приказов, которые суд общего права может адресовать администрации.

Положения индийского коллизионного права также восходят к английскому праву. Однако внимание юристов Индии в этой связи обращено на вопросы, связанные с коллизией законов, определяющих личный статус. Для английских юристов эти вопросы имеют иной аспект и второстепенное значение. 477. Независимость. Подтверждение ранее существовавшего права. Превращение Индии в независимое государство не означало отказа от укоренившихся в предшествующий период правовых концепций и принятого тогда законодательства. Ее Конституция 1950 года подтвердила, что созданное ранее право остается в силе (ст. 372). Индия осталась в составе Британского содружества и в семье общего права. Однако во многих отношениях связь с этим правом ослабла. Речь при этом идет не только о вопросах, относящихся к личному статусу, где решающим фактором является принадлежность к определенной общине. Индийскому праву в целом присуще своеобразие в сравнении с английским правом, подобно тому как отличается от английского права, оставаясь в целом в рамках общего права, право США.

478. Конституционное право. Это своеобразие начинается с конституционного права Индии'. Конституция страны, принятая в 1950 году, содержит 395 статей, к которым примыкают восемь приложений. Уже само существование этого документа, равно как и наличие созданного им Союза, отличает Индию от Англии, которая не является федерацией и не имеет писаной Конституции. Имеется также отличие, хотя и менее значимое, от США.

Обе эти страны имеют федеральную структуру, но штаты Индии

трудносравнимы со штатами США уже по одному тому, что в отличие от США, где язык цементирует единство страны, в Индии нет единого языка. Здесь в разных штатах признаны официальными пятнадцать языков, относящихся к четырем лингвистическим группам. Конституция Индии установила, что хинди должен стать официальным языком Союза. Но реальностью это не стало, и страна в языковом отношении больше напоминает Европу, чем США. По-другому распределена компетенция. В Конституции Индии нет нормы, которая устанавливала бы, как это делает Конституция США, что компетенция штатов - правило, а федерации -- исключение. Конституция Индии перечисляет вопросы, отнесенные к компетенции Союза, затем вопросы, отнесенные к компетенции штатов, и, наконец, вопросы, отнесенные к компетенции Союза и штатов, ибо желательно, но необязательно решать эти вопросы единообразно. Среди этой последней группы -- издание единого для всей страны Гражданского кодекса. Федеральные власти Индии в значительно большей мере, чем федеральные власти США, наделены правом вмешиваться в дела штатов в чрезвычайных обстоятельствах для поддержания мира и порядка и часто используют это право.

Индусам, столь долгое время находившимся под чужестранным господством, свойственно глубокое чувство единства и законной гордости за независимость, завоеванную ими, в соответствии с их доктриной, ненасильственными методами. Тем не менее Конституция страны 1950 года--это документ иного типа, чем Конституция США. Она, в частности, нестабильна, легко изменяема, за четверть века в нее было внесено сорок модификаций.

Контроль за конституционностью законов, возложенный на Верховный суд, также неадекватен тому, что имеет место в США. Применительно к Индии невозможно говорить о "правлении судей", ибо решения суда, стоящие на пути реформ, проводимых центральным правительством или отдельными штатами, легко нейтрализуется путем внесения изменений в Конституцию. Так произошло, например, когда Верховный суд объявил противоречащими принципу собственности и потому неконституционными радикальные мероприятия, предпринятые штатами Бихар и Западная Бенгалия в ходе земельной реформы. В 1955 году в ответ на судебные решения была принята четвертая конституционная поправка, согласно которой штатам и Союзу в целом разрешалось проводить "социалистическую" аграрную политику. Чтобы исключить всякие сомнения, та же поправка особо подтвердила действительность 64 законов, принятых ранее в этой области.

Конституция Индии отличается от американской и по ряду других параметров. В ней иначе понимается формула "перед законом все равны", поскольку она признает специальный статус для некоторых неимущих категорий граждан, а также некоторых каст. Речь при этом идет примерно о 40% населения. По-другому трактуется и формула "должная правовая процедура", под которой понимается соответствие лишь требованиям законов, принятых в установленном порядке, а судам не разрешено выносить суждения о разумности и моральной ценности законов. Индию характеризует терпимость. В то же время страна чрезвычайно бедна. Отсюда колебания Индии между либерализмом и социализмом, попытки примирить оба эти пути.

479. Судебная организация и правило прецедента. Право Индии отличается от английского права как по организации судебной системы, так и по тому, как в нем действует правило прецедента.

Размеры территории страны и численность населения не позволяют Индии иметь, подобно Англии, централизованную систему правосудия. В то же время ее судебная организация отличается и от США. В Индии нет федеральной судебной системы. Исключение -- федеральный Верховный суд, находящийся в Нью-Дели. В его составе -- председатель, именуемый Chief Justice of India, и тринадцать членов. Судьи Верховного суда назначаются президентом республики после многочисленных консультаций, но без одобрения парламента.

Основная функция Верховного суда -- контроль за соблюдением Конституции. Он определяет действительность законов федерации и штатов, если оспаривается их конституционность. В этот суд можно обратиться также во всех случаях, когда есть основание полагать, что нарушено одно из "основных прав", гарантированных Конституцией. Этим компетенция Верховного суда не ограничена; в суд можно обжаловать решение любого Высокого суда по гражданскому делу с ценой иска свыше 20 тысяч рупий, а сам он вправе допустить "социальную жалобу" на любое решение любого суда страны, за исключением военных трибуналов.

Верховный суд сам определяет свой регламент, который тем не менее должен быть одобрен президентом республики. Согласно Конституции, в рассмотрении первых двух категорий дел из перечисленных выше должны участвовать не менее пяти судей. Столько же судей должны высказаться, когда дается консультативное заключение по запросу президента республики. Это также предусмотрено Конституцией.

Верховный суд Индии, так же как и Верховный суд США, может резко менять свою практику. Но происходит это редко, ибо тот же результат

может быть получен путем изменения Конституции. Одно из наиболее значительных действий такого рода со стороны суда -- это решение 1967 года (впрочем, сильно оспариваемое), согласно которому только конституанта может ограничивать основные права, гарантированные Конституцией, а парламент такой властью не обладает'.

Что касается других судов, то Конституция в ст. 141 устанавливает, что они должны следовать прецедентам, созданным Верховным судом. Как же расценивать решения, вынесенные другими судебными инстанциями? Казалось бы, что в целях упрощения правосудия и обеспечения единообразия права следовало бы если не отказаться, то по меньшей мере ослабить правило прецедента, в том виде как оно действовало во время английского господства. Юридическая комиссия, созданная в 1955 году, высказалась, однако, против таких изменений, она сочла, что современное состояние настолько непосредственно вытекает из развития права и так укоренилось в психологии юристов, что было бы невозможно изменить его, хотя это и кажется желательным.

Однако большое значение, приданное закону, успехи идеи кодификации могут изменить ситуацию в Индии и в других странах общего права. Раздел третий ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ ДАЛЬНЕГО ВОСТОКА

480. Общие соображения. Страны Дальнего Востока весьма различны как по их истории, так и взятые в современном состоянии. Несмотря на это, возможно, во всяком случае с точки зрения европейца, выявить некоторые общие их черты. В отличие от Запада народы этих стран не склонны верить в право как средство обеспечения социального порядка и справедливости. Разумеется, в них существует право, но оно наделено субсидиарной функцией и играет незначительную роль. В суды здесь обращаются, и право находит применение лишь тогда, когда исчерпаны все другие способы разрешить конфликт и восстановить порядок. Строго очерченные решения, которые дает право, связанное с ним принуждение -- все это встречает крайнее неодобрение. Здесь исходят из того, что социальный порядок должен охраняться по преимуществу методами убеждения, техникой посредничества, самокритичными оценками поведения, духом умеренности и согласия.

Этот общий подход ни в какой мере не мешает тому, что у стран Дальнего Востока имеется немало различий, ибо социальное воздействие на личность связано во многих из них с разными концепциями общества. География и история привели к тому, что Китай, Япония, Монголия, Корея, государства Индокитая в этом плане существенно отличаются друг от друга, а вторжение Запада не привело к изменению их традиционных

структур.

По видимости, революционным было то, что большинство стран Дальнего Востока получило кодексы. Казалось, что, отказавшись от традиционных взглядов, эти страны желают отныне строить общественные отношения на праве и присоединиться к романо-германской правовой семье. В более поздние периоды некоторые из этих стран выразили волю трансформировать свою структуру путем строительства коммунизма.

Изменения, таким образом, значительны. Однако модификации, имевшие место в прошлом, и те, что происходят сейчас, далеки от того, чтобы привести к отказу от традиции. Структуры и институты западного типа, введенные в этих странах, в большинстве случаев остаются простым фасадом, за которым регламентация общественных отношений строится, как правило, в соответствии с традиционными моделями. Очевидно, кроме того, что руководители этих стран должны считаться с установками, укоренившимися в сознании населения, да и в их собственном. С этим связан "собственный путь" Китая к коммунизму, весьма отличающийся от советского пути.

В этом разделе мы рассмотрим право двух главных стран Дальнего Востока -- Китая и Японии, которые представляют два типа общества, одно из которых руководствуется коммунистическими целями, а другое верно принципам либеральной демократии. Глава I. КИТАЙСКОЕ ПРАВО

481. Космогонический строй и гармония. Традиционная для Китая концепция общественного строя, развивавшаяся до XIX века вне какого-либо иностранного влияния, полностью отличается от западной концепции. Ее фундаментальная идея, далекая от религиозной догмы, -- постулат о существовании космогонического строя, в котором взаимодействуют земля, небо и люди'. Земля и небо подчинены неизменным законам, а люди -- хозяева своих поступков, поэтому от того, как они ведут себя, зависит, будет в мире порядок или, наоборот, беспорядок.

Гармония, от которой зависит равновесие в мире и счастье людей, предстает в двух аспектах. Во-первых, как гармония между человеком и природой. Поведение людей должно соответствовать естественному порядку. Чтобы избежать эпидемии, неурожая, наводнения и землетрясения, а также совершая те или иные действия общественного и личного плана, следует учитывать расположение планет, время года и т. п. Правители должны особо подавать пример жизни в соответствии с естественным порядком: это их основная задача. Добродетель и мораль -- более важные качества правителей, чем их практические познания.

Во-вторых, гармония необходима в отношениях людей друг с другом.

В общественных отношениях на первом плане должны находиться идея согласия, поиски консенсуса. Следует избегать осуждений, санкций, решений большинства. Несогласия должны как бы "растворяться", а не решаться. Предложенный выход должен быть свободно принят участниками, считающими его справедливым, и при этом никто не должен "потерять лицо". На переднем плане должны находиться воспитание и убеждение, а не власть и принуждение.

482. Незначительная роль права. Вследствие таких взглядов китайцы отрицательно относятся к нашей идее права, с его строгостью и абстрактностью. Человек не должен настаивать на своих правах, поскольку долг каждого -- стремиться к согласию и забывать о себе в интересах всех. К юристам китайцы относятся с недоверием. Используя абстрактные нормы, юристы создают препятствия к достижению компромиссов. Хотя они того или нет, но тем самым они способствуют недостойному поведению, несовместимому с интересами общества. В любом случае конкретное решение должно отвечать справедливым и гуманным чувствам, а не быть втиснутым в рамки юридической схемы. Возмещение вреда не должно ложиться непомерным грузом на плечи должника и вести его семью к разорению.

Законы не являются нормальным средством решения конфликтов между людьми. Их полезная роль ограничивается тем, что они предлагают образцы поведения и предостерегают тех, кто повел бы себя антиобщественным образом. Однако речь не должна идти о буквальном следовании законам; при их исполнении и применении должна сохраняться большая свобода усмотрения, а идеал в том, чтобы законы вообще не применялись и судебные решения не выносились.

Традиционная китайская концепция не отрицает права, но полагает при этом, что оно хорошо для варваров, для тех, кто не заботится о морали, для неисправимых преступников, наконец, для иностранцев, которым чужда китайская цивилизация. Китайский же народ прекрасно обходится и без права. Он не интересуется тем, какие нормы содержат законы, не обращается в суд и регулирует межличностные отношения так, как ему подсказывает смысл, следуя не праву, а соглашению и гармонии. Эту гармонию легко восстановить благодаря тому, что китайцы воспитаны так, что ищут причины конфликта не в злой воле или неспособности противника, а в своих собственных ошибках, нерадении, оплошности. В атмосфере, где каждый готов признать свои ошибки, людей нетрудно заставить пойти на уступки и согласиться на вмешательство посредника; страх перед общественным мнением может придать этому согласию

принудительный характер.

Ряд факторов еще более усугубляет неприязнь к праву. Среди них на первом плане плохая (быть может, умышленно плохая) организация правосудия, что отнюдь не волнует власти. Чиновник, на которого возложено вершить правосудие, весьма далек от тяжущихся, так как, по общему правилу, он приглашается на этот пост из другой провинции и поэтому плохо знает местные наречие и обычаи. Его служащие, с которыми непосредственно имеют дело тяжущиеся, коррумпированы, они нарочно затягивают процесс, ибо кормятся от него. Обращение с тяжущимися унижительное, а исход процесса всегда весьма сомнителен. "Выигранный процесс -- потерянные деньги",-- говорит народная поговорка. Все это побуждает китайцев обходить суды и решать споры путем внесудебных процедур.

483. Конфуцианство. Преобладание ритов. Тип общества, который существовал в Китае и всячески поддерживался в течение веков, соответствует тому, что предложило конфуцианство. Ячейка общества -- это семья с иерархической организацией и почти абсолютной властью главы семьи. Община и само государство должны соответствовать этой модели семьи и избегать сколько-нибудь значительного вмешательства в отведенный ей широкий круг дел. Жителю общины полагалось строго следовать ритам, соответствующим статусу, который житель имеет в общине. Соблюдение ритов, предписываемых обычаем, заменяло в Китае законопослушание.

В этой статичной концепции общества в качестве основных принципов выступали: сыновняя любовь, подчинение высшим в иерархии, запрещение любых эксцессов и возмущений. Да и власти остерегались править по произволу: они сами были воспитаны в уважении к ритам, а кроме того, их сдерживали моральные установки, требовавшие сперва объяснить, а потом приказывать, выступить в качестве арбитра, а уже потом судить, предупредить, прежде чем наказать.

Китай в течение веков жил, не зная организованных юридических профессий. Суд творили администраторы, сдававшие для занятия поста экзамены литературного характера. Они не знали права и руководствовались советами своих чиновников, принадлежавших к наследственной касте. Людей, сведущих в законе, презирали, и если советовались с ними, то тайно. Не было юридической доктрины, и в долгой истории Китая не обнаруживается ни одного крупного юриста, оставившего в ней след.

484. Школа легистов. Этот традиционный подход был оспорен, но

весьма своеобразно. В истории Китая выделяется период сражающихся царств. В это смутное время -- III век до нашей эры -- школа легистов заняла позицию, согласно которой власть должна основываться не столько на добродетели правящих (правлении людей), сколько на подчинении закону (правлении законов). Взгляды легистов изложены в трактате, принадлежащем Хан Фэйцзы. Он и другие легисты настаивали на необходимости постоянно действующих законов; правитель должен знать их, а подданные -- строго исполнять. Это была концепция права и закона, близкая к преобладавшей на Западе, но не лишенная, по выражению Ж. Эскарра, "некоторой наивности".

Однако взгляды легистов остались чуждыми сознанию большинства китайского населения. Они слишком отклонялись от укоренившихся представлений и поэтому имели лишь временный успех. Легистам не удалось утвердить в Китае понятие постоянно действующих правовых норм и суверенного закона.

При династии Хан (206 год до нашей эры) конфуцианство снова возобладало, и с тех пор его господство было постоянным. Монголы-завоеватели в XIII веке могли выразить свое презрение к этому учению, отнеся его проповедников вместе с проститутками и нищими к десятому, последнему разряду населения. Но это преходящее явление не оставило большого следа, конфуцианская мысль господствовала вплоть до нашего века, и право не интересовало китайцев, предпочитавших иные пути реализации справедливости. Общественный строй основывался на ритах, и закон играл лишь второстепенную роль. Чтобы узнать нормы, которыми реально руководствовались в сфере, которую мы бы назвали частным или гражданским правом, следует абстрагироваться от закона и руководствоваться только обычаем. Китайские кодексы, которые появлялись после воцарения династии Хан, содержали лишь административные предписания или нормы, относящиеся к уголовному праву; гражданско-правовые правила попадали в них лишь тогда, когда нарушение норм обычая влекло уголовные санкции. Тот, кто, добиваясь осуществления своих интересов в области частного права, просил государственного вмешательства, должен был винить другую сторону в совершении уголовно наказуемого деяния. Общественное мнение осуждало такой способ действий, и тот, кто не мог доказать выдвинутое обвинение, сурово наказывался.

485. Кодификация. Идея "общества без права" как будто была поставлена под сомнение революцией 1911 года. После провозглашения республики велась редакционная работа по созданию кодексов;

Гражданский кодекс, включающий и гражданское, и торговое право, вступил в силу в 1929--1931 годах. Гражданский процессуальный кодекс--в 1932 году. Земельный кодекс--в 1930 году. Внешне, во всяком случае, китайское право европеизировалось и вошло, как это полагают многие изучавшие его, в семью правовых систем, основанных на римском праве.

486. Сохранение традиционных идей. Однако за этим фасадом продолжали существовать традиционные понятия и, за немногими исключениями, именно они преобладали в реальной действительности. Труды нескольких человек, желавших вестернизации своей страны, не могли немедленно перестроить китайское мышление и укоренить в течение нескольких лет в умах юристов и китайского населения романскую концепцию права, разрабатывавшуюся более тысячи лет юристами Запада. Кодексы и законы применялись в Китае только в той мере, в какой они отвечали народному чувству справедливости и приличиям. Практика игнорировала законы, как только они нарушали традицию. В суды не обращались потому, что люди не знали своих прав, или потому, что они не хотели заслужить неодобрение общества. Общественные отношения, таким образом, практически регулировались так же, как и прежде. Обращались ли в исключительных случаях в суды? Даже в этих случаях часто получалось так, что китайские судьи выносили решения по стандартам конфуцианства, вместо того чтобы применять нормы писаного права: они отказывались выселить нанимателя из помещения, так как он беден и ни в чем не виноват, тогда как собственник богат и не нуждается в сданном помещении; они предоставляли отсрочку должнику, если он был в трудном положении. В результате принятия новых кодексов, как того и опасались, увеличилось число судебных процессов, и это казалось китайцам признаком упадка. Возврат к конфуцианству казался желательным даже самым передовым умам.

487. Китайская Народная Республика. В результате победы коммунистической партии, возглавляемой Мао Цзэдуном, Китай с 1 октября 1949 года стал Народной республикой. Как и Советский Союз, он руководствуется идеологией марксизма-ленинизма. Однако положение Китая глубоко отличается от положения Советского Союза.

Советский Союз и страны народной демократии в Европе легко пришли к необходимости принципа законности в переходный период. В этих странах в течение веков признавалась первенствующая роль закона, который и был использован для создания и организации нового общества. В Китае, наоборот, принцип законности презираем, ибо в глазах китайцев он связан с периодом, когда Китай попал в зависимость от западного

империализма, от которой он освободился лишь теперь. Хотя в Китае отказались ныне от учения о связи между гармонией в обществе и порядком вещей в природе, тем не менее страна в большей степени, чем Советский Союз, подготовлена к тому, чтобы моральное воспитание и воспитание гражданской добродетели вытеснили простые методы.

448. Первые годы: советский путь. В 1949 году были отменены все ранее изданные законы и декреты и упразднены суды. Надо было создавать что-то новое.

В первые годы после прихода коммунистов к власти могло сложиться впечатление, что они, хотя и с неохотой, признают важность права и закона, видя в них самый эффективный, быстро действующий инструмент перестройки общества.

Органические законы 1949 года, которые предусматривали воссоздание правовой системы, исходили из советской модели. На Верховный суд возлагалось руководство всеми новыми судами; была создана прокуратура, призванная утвердить принцип социалистической законности. В 1950--1951 годах были изданы крупные законы: о браке, профсоюзах, об аграрной реформе, о судебной организации и др. Была создана кодификационная комиссия, которая приступила к подготовке кодексов.

Большие затруднения возникали, однако, в связи с отсутствием достаточно подготовленных юристов. Функции судов зачастую выполняли органы полиции и государственной безопасности. Наряду с народными судами общей компетенции действовали особые суды. Над самими же народными судами довели органы исполнительной власти. С трудом происходило создание прокуратуры; поскольку отсутствовало законодательство, она не знала, что должна делать. В 1952--1953 годах принцип законности, и так утверждавшийся с трудом, был подвергнут нападкам; критиковались отделение права от политики, независимость судей, юридический формализм, принцип непридания закону обратной силы, давность, принцип "нет наказания без закона".

Тем не менее от советской модели не отказывались, и принцип социалистической законности должен был в конечном итоге восторжествовать. Эту тенденцию подтвердила Конституция 1954 года, построенная по модели советской Конституции 1936 года. В том же году были реорганизованы суды и прокуратура. В 1957 году действовало более 2700 народных судов. Постановление 1954 года содержало гарантии против ареста и задержания.

489. Отказ от этого пути: марксизм-маоизм. После 1957 года, когда

обнаружились первые трения с Советским Союзом, китайская революция взяла другой курс. В 1960 году произошел полный разрыв с СССР. Хотя китайская критика была сконцентрирована на советском руководстве, которое пришло на смену Сталину, в действительности в Китае была отброшена вся политическая линия, которой следовал Советский Союз начиная с 1917 года. В СССР были национализированы средства производства. Это фундаментальная мера, предусмотренная марксистским учением, и она была осуществлена и в Китае. Но национализация -- это еще не все. Маркс и Ленин хорошо понимали это, когда говорили о необходимости создания нового механизма производства. Стремясь к быстрому развитию производства, советские руководители не отказались от многого из того, что обеспечивало производительность при капитализме. Китай отказался от этой модели, трактуемой как государственный капитализм, и выступил против "советских ревизионистов", которые, как утверждалось, подменили борьбу за полное освобождение рабочего класса и всего человечества "борьбой за гуляш".

Таким образом, приоритет в Китае был отдан не экономическому росту, а социальным перестройкам, созданию нового типа общественных отношений, исключающих всякую возможность и даже желание эксплуатации. Главное -- не развитие важных секторов экономики (например, тяжелой индустрии), а то, что народные массы осознали, что произошел коренной перелом и никто не является больше объектом эксплуатации. Интеллектуальная элита (инженеры, администраторы, лица свободных профессий) не будет отныне стоять над пролетариатом: рабочие должны участвовать в управлении предприятием, а директора и инженеры - в производственном процессе, с тем чтобы преодолеть разрыв между работниками умственного и физического труда. Был предпринят и ряд других мер. В политической сфере был выдвинут тезис о том, что всегда имеется опасность склероза партии, отрыва ее руководителей от масс, попыток реставрации капитализма. Поэтому народные массы призывались контролировать органы партии и их руководителей на всех уровнях, не исключая Центральный Комитет. Был выдвинут лозунг "огонь по штабам", с которого началась "культурная революция" (1966--1969 годы).

490. Отказ от принципа законности. Принцип законности, который и так не был прочен ни в общественном сознании, ни в практике, оказался вновь отброшен. Были прекращены кодификационные работы. Партийные директивы заменили законы. Ограничена деятельность судов, поставленных под контроль исполнительных органов. Подчеркивалось подчинение права (как и экономики) политике. Все это вело к возврату

старой почитаемой традиции: социальный мир и порядок должны быть достигнуты путем воспитания, для создания нового строя необходим общий консенсус. Согласие и примирение -- самое главное, а право может играть лишь подчиненную роль. Мао Цзэдун в речи, произнесенной еще в феврале 1957 года, говорил, что право создано не для всего мира. Есть два способа решения противоречий, возникающих в обществе. Один -- это право и его санкции. Это диктаторский способ. Когда-то его считали пригодным для варваров, и сегодня его применяют к неисправимым контрреволюционерам. Право непригодно, когда речь идет о простых внутренних противоречиях, отличающихся от антагонистических противоречий. Народным массам трудно выносить диктаторский характер права. Если даже гражданин виновен, это не значит, что его следует рассматривать как преступника, ставить перед судом, осуждать и наказывать. Гражданина следует оградить от такого бесчестия. Воспитание и убеждение противостоят унижению, каким является судебное осуждение, уголовное или гражданское.

491. Отличия от прошлого. Говоря о возврате к традиции, следует иметь в виду, что понятие "возврат" следует понимать лишь в формальном, техническом смысле. По существу же, и здесь существуют фундаментальные различия между старым и сегодняшним Китаем.

Первое такое различие состоит в том, что исчезла идея о всеобщем порядке, присутствующем всей природе, включая как естественные явления, так и поведение людей. Модель, с которой хотят согласовать гармонию мира, строили теперь не на смене времен года, а искали в марксистском учении, в том виде, как оно трактуется председателем Мао. Статическую концепцию, характерную для прошлого, заменила динамическая, стремление создать новый строй.

Второе различие -- замена органов, на которые возлагалась в прошлом задача примирения, новыми. Когда-то, с целью достичь примирения обращались к семье, клану, соседям, знатным лицам. Теперь иная ситуация, и дело доверено тем, кто опытен политически, ибо моделью служит теперь не природа, а политическая доктрина] Было создано свыше 200 тысяч полуофициальных "народных посреднических комитетов", которые решали миллионы споров. Существовали и другие органы-посредники, разрешавшие немало дел (профсоюзы, другие общественные организации, уличные комитеты, партийные организации и т. д.). Деятельностью всех этих органов, их ролью, возможно, объясняется, почему в Китае отказались от создания государственного арбитража, подобного тому, какой существует в СССР.

Наконец, третье различие. В прошлом искали компромиссное примирение, каждая сторона для достижения гармонии делала какие-то уступки. Конечно, и сегодня такой подход сохраняется при решении большого числа споров. Однако первостепенное значение приобретает и другой фактор: важно не столько привести к согласию противников, сколько обеспечить политический успех. Во многих случаях решение конфликта заканчивается лишь тем, что обеим сторонам выносятся нечто вроде порицания, им предписывается прекратить "феодалное поведение" и быть сознательными участниками общественного производства. При решении споров руководствовались прежде всего не общими правовыми нормами, как на Западе, а обращались к директивам, ибо в идеях Мао Цзэдуна можно найти решение любой проблемы.

В новом Китае, как и в традиционном, до суда доходит небольшое число дел. Основная их масса разрешается на досудебных стадиях. Перед судом предстают "враги народа", несправимые и развратники. Правовые санкции не должны применяться к тем, кто, хотя и заблуждался, остаются тем не менее хорошими гражданами. Право -- это крайнее средство, которое используется только тогда, когда все другие средства не дали результата.

492. Законы, судебная практика и доктрина. В Китае после 1949 года было издано не много законов. И дело здесь не в революционной ситуации и не в динамике развития, за которой не успевали законы, как это объясняли многие. Причина скорее в традиционной аллергии китайцев на ригорические формулы права. Обнаружить судебную практику в Китае еще труднее, чем законы. Опубликовано очень мало решений Верховного суда. В стране не действует обязательное правило прецедента. Не существует и доктрины.

Однако после смерти Мао в 1976 году наступило время перемен. В результате осуждения "банды четырех" возрос интерес к законности и вообще юридическому. После принятия Конституции 1978 года активизировалось законодательство. Начиная с 1979 года изданы: Избирательный закон. Органический закон о судах, Закон о совместных предприятиях, Закон об иностранных инвестициях, Закон о браке. В это же время введены в действие Уголовный и Уголовно-процессуальный кодексы (в первом 182 статьи, во втором -- 164). В чем причина этих перемен? Нынешние руководители КНР, сами пострадавшие во время "культурной революции", осознают необходимость умиротворения в стране и считают, что законодательство может стать препятствием на пути несправедливостей. Подчеркивая в отличие от своих предшественников

приверженность к легализму, эти руководители одновременно как бы успокаивают иностранцев, в инвестициях которых заинтересована страна. Принятие Уголовного кодекса было также призвано способствовать борьбе с возросшей преступностью.

Однако законодательство не сможет быть реализовано, пока существенно не возрастет количество судов, судей и адвокатов и не изменится традиционная враждебность к твердым законам. Весьма сомнительно, что законность и право будут играть в этой огромной стране ту же роль, какая отведена им в западных странах.

493. Китайская концепция международного права. Поиск примирения, применяемый во внутренних отношениях, представляется не менее желательным и в ракурсе международного права.

В 1954 году в Китае была создана Внешнеторговая арбитражная комиссия в рамках Совета по расширению международной торговли'. Предварительный регламент этой комиссии, принятый в 1956 году, соответствовал советскому образцу. Однако китайская практика далека от практики СССР и европейских социалистических стран. И здесь действует традиция и предпочитают искать пути для мирового соглашения, считая применение права крупной неудачей. По данным, опубликованным в ФРГ в 1960 году, Внешнеторговая арбитражная комиссия в Пекине рассмотрела 61 дело, и ни одно из них не завершилось вынесением арбитражного решения; во всех случаях было достигнуто мировое соглашение. Правда, сам характер заключаемых в этой области договоров и неопределенность материального права, подлежащего применению, в значительной мере размывают границу между арбитражем и примирением. Однако различие сохраняется, и для китайцев весьма небезразлично, будет спор ликвидирован в результате соглашения сторон или путем решения, вынесенного авторитетным арбитром.

## Глава II. ЯПОНСКОЕ ПРАВО

494. Исторические данные: рицзу-ре и дуалистический феодализм. До 1853 года Япония не имела никакого контакта с Западом, в то время как отношения с Китаем занимали важное место в ее истории. Традиционный образ мысли в Японии, очень далекий от европейского, в самые различные эпохи подвергался влиянию Китая. Однако этот образ мысли отличается от китайского: он сохранил свою ярко выраженную оригинальность, связанную с национальным характером японцев; определенное влияние в этом отношении оказала также изоляция, в которой японские правители держали страну в течение 250 лет, до 1853 года.

Первые памятники японского права появились в эру Тайка,

начавшуюся в 646 году. В эту эпоху под китайским влиянием в Японии было введено своеобразное политико-этическое правило, предусматривающее, в частности, порядок периодического распределения принадлежащих государству рисовых полей в зависимости от числа едоков и строгое деление общества на "ранги". Каждый класс должен был выполнять в государстве строго определенную функцию. Обязанности каждого уточнялись в юридических сборниках, именуемых рицу-ре. Составленные по китайскому образцу, эти сборники включают главным образом репрессивные нормы (рицу) и административные нормы (ре). Они комментировались в школах права и управления в воспитательных целях. Сборники эти далеки от понятия субъективных прав, но они приближаются к идее права в той мере, в какой письменно устанавливают обязанности каждого.

Система распределения земель в VII веке, введенная рицу-ре, плохо функционировала в Японии. В IX и X веках стала развиваться система сеньории (се) -- неприкосновенного владения, освобожденного от налогов. Она превращается в крупное земельное владение с суверенной судебной властью.

Бессилие уголовной юстиции, а в связи с этим отсутствие безопасности и гражданские войны привели в конце XII века, в 1185 году, к появлению наряду с режимом сеньории нового феодального режима. Император был лишен тогда какой-либо реальной власти, придворная знать (кугэ) также находилась в упадке. В силу возложенных на него прерогатив священного характера император оставался важным и глубоко почитаемым лицом, но в действительности власть ускользала от него: она перешла к военной касте, которой не знал Китай.

Военная каста (букэ, самураи) жила согласно собственному обычному праву (буке-хо), составлявшему ее личный статус. Действующий внутри касты "кодекс рыцарства" был основан на идее абсолютной преданности вассала своему сюзерену, он исключал какую бы то ни было идею прав и обязанностей юридического характера. Вассал не имел никаких гарантий против произвола сюзерена, суд пэров в Японии никогда не существовал. Считалось оскорбительной даже сама мысль о том, что вассал может иметь права против своего сюзерена. Отношения вассала и сюзерена рассматривались подобно отношениям сына и отца. Между ними не должно существовать никакого договора, ибо такие чувства, как привязанность, верность, самоотверженность, личная преданность, жертва во имя идеи, теряют свой смысл, когда их стремятся поставить в строгие, хотя и разумные рамки.

495. Режим унитарного феодализма: упадок рицу-ре. В течение нескольких веков этика букэ существовала наряду с более детальной регламентацией, содержащейся в рицу-ре, так как именно рицу-ре по-прежнему применялись к лицам, не входившим в военную касту. В эпоху сегунов Асикага (1333--1573 годы), сменившую эпоху Камакура (1185--1333 годы), наступил период анархии и гражданских войн, приведший к установлению так называемого феодального унитаризма. Утвердилось превосходство рыцарей над крестьянами, местные представители класса военных (дзито), на которых было возложено обеспечение общественного порядка и сбор налогов, стали присваивать доходы с поместий, в то время как раньше они брали лишь часть этих доходов. Япония была поделена между несколькими крупными независимыми феодалами (дайме), которым подчинялись дзито и которые постоянно вели друг с другом междоусобные войны. Рицу-ре перестало применяться, действовать продолжало лишь прежнее личное право букэ, которое и заменило собой местные обычаи.

До указанного периода в Японии существовали различные классы, каждый из которых имел свой особый статус. Этот режим был заменен в XIV веке единообразной структурой, основанной на строгой иерархии, исключавшей даже мысль о правах низших в отношении высших. Между представителями класса рыцарей отрицалась возможность заключения договоров и установления правовых обязательств; тем более она отрицалась во взаимоотношениях между помещиками и земледельцами.

Эта структура неравенства, не оставлявшая места для понятия субъективных прав, была еще усилена, когда в эпоху сегунов Токугава (1603--1868 годы) Япония стала на путь политики изоляционизма. Как реакция на европейское влияние конфуцианство стало официальной доктриной. В 1597 году была введена политика строгого надзора и доносов. По всей стране были сформированы специальные группы из 5 человек (гонингуми), которые должны были доносить о преступлениях, поддерживать публичный порядок, сообщать полиции о перемещениях граждан, о присутствии в их местности посторонних лиц. Группа несла солидарную уголовную и финансовую ответственность: ее согласие было необходимо для возбуждения судебного процесса; она вмешивалась в семейные дела, привлекая в этих целях советчиков или свидетелей, контролировала использование земель. Следы этого института, наложившего глубокий отпечаток на японское мышление в эпоху Токугава, ощущаются в ряде аспектов и в современной Японии.

Установившийся порядок считался в ту эпоху естественным и нерушимым, он был основан на четком разграничении общественных

классов (рыцарей, крестьян, торговцев) и на принципе иерархии этих классов. Весь образ жизни японцев определялся тем, к какому классу они принадлежат; от этого зависел тип их дома, материал и цвет их одежды, их питание. Не могло быть и речи о правах лиц низшего класса в отношении вышестоящего класса.

Сегун, обладавший реальной властью, не считал, что рассмотрение споров входит в его функции. Он делал это лишь в исключительных случаях. Лишь в XVIII веке его юрисдикция расширилась. Как видно из одного из решений, относящегося к 1767 году, юрисдикция сегуна охватывала 53 типа дел, разбитых на две категории: основные споры и споры имущественного характера. Политика центральной власти всегда была направлена на то, чтобы не дать расшириться компетенции местных судов, а по возможности и присвоить эту компетенцию. Сегун вершил правосудие по своей дурной прихоти, за индивидами не признавалось права обращения в суд. Судебные функции не отличались от других публичноправовых функций. В Японии не было правовых школ, профессиональных судей, прокуратуры, адвокатов и нотариусов.

496. Отсутствие идеи права. Гири. Если в эту эпоху и существовало право, в том числе даже писанные нормы, то речь может идти лишь о предписаниях, дававшихся высшими низшим. Низший мог только подчиняться. Народ, постоянно державшийся в невежестве, ничем не был гарантирован от произвола. Не могло быть и речи о праве в отношениях между лицами, принадлежащими к низшим классам, с одной стороны, и к высшим классам -- с другой.

Идея права отсутствовала и в отношениях между членами одного класса. Как и в Китае, в Японии вызвала отрицательное отношение категоричность судебных решений и ригористичность правовых норм. Возник целый комплекс норм, которые исходили скорее из соображений приличия и регулировали поведение индивидов в отношениях друг с другом во всех случаях жизни. Эти нормы поведения, схожие с китайскими правилами, назывались гири; были гири отца и сына, мужа и жены, дяди и племянника, братьев между собой, а вне семьи -- гири собственника и фермера, заимодавца и должника, торговца и его клиента, хозяина и служащего, старшего служащего и его подчиненного и т. д. "Конфуцианская Азия,-- пишет Жо-уон де Лонгрэ,-- предпочитает равенству идеал сыновних отношений, состоящих из внимательного управления и уважительного подчинения".

Гири заменяли собой право, а по мнению некоторых японцев, и мораль. Они автоматически соблюдались не столько потому, что

соответствовали определенной концепции морали, сколько под страхом осуждения со стороны общества в случае неподчинения гири. Для японцев считалось позорным не исполнить какое-либо гири. Кодекс чести, носящий характер обычая, определял поведение. Все это делало право до недавнего времени бесполезным и даже одиозным.

497. Эпоха Мэйдзи: вестернизация японского права. Такова была картина японского общества к началу эпохи Мэйдзи в 1868 году. Казалось, вся установившаяся ранее структура была разрушена в ходе всеобщего обновления японского общества. Демократическое государство западного типа заменило прежнее феодальное государство. Быстрый подъем сделал Японию одной из главных наций нашей эпохи в области мировой торговли. Теперь там есть современное законодательство, которое роднит Японию с правовыми системами Запада, и в частности с романскими правовыми системами континентальной Европы. Труды, написанные в Японии, подтверждают наше впечатление о полной вестернизации права, юридической мысли и всего японского общества. В работах японских авторов по философии права излагаются западные теории без всякого упоминания традиционных специфически японских идей; нарушена связь, которая, казалось бы, должна существовать между старым и современным японским правом. Целостной картины старого права нет ни в одном общем труде. Современное японское право ориентируется исключительно на западное право. Японский специалист по частному праву Харада построил на основе западных правовых систем или на базе римского права все без исключения статьи японского Гражданского кодекса.

К вестернизации права в Японии прибегли, когда началась эпоха Мэйдзи, чтобы покончить с неравными торговыми договорами, которые некоторые западные державы (США, Великобритания, Франция, Голландия и др.) навязали Японии в 1858 году и которые унижали ее национальное достоинство. Легче было принять в короткий срок кодексы, чем прибегнуть к английскому прототипу -- общему праву. С 1869 года был начат перевод французских кодексов, который был закончен в течение пяти лет, несмотря на все сложности этой задачи: в Японии не было юристов, и надо было найти термины, чтобы выразить столь элементарные понятия, как субъективное право (кэнри) или юридическая обязанность (гиму), которые не были известны японским ученым. Начиная с 1872 года была подготовлена целая серия кодексов, разработанных с помощью французского юриста Г. Буассонада<sup>1</sup> и многих других юристов -- немецких и даже английских<sup>2</sup>. Уголовный кодекс и Уголовно-процессуальный кодекс, составленные по французскому образцу, были приняты в 1882 году, Законы

о судеустройстве и Гражданско-процессуальный кодекс, составленные скорее под влиянием немецкого права, приняты в 1890 году. Самым сложным оказалось принятие Гражданского кодекса. Проект, подготовленный Буассонадом, переделанный в части, касающейся лиц и права наследования, был принят в 1891 году, но его вступление в силу было отсрочено. Он вызвал разного рода возражения, и был подготовлен новый кодекс, который считался переработкой прежнего, но весьма сильно отличался от него, поскольку его составители испытали сильное влияние проекта германского Гражданского уложения. На этой модели, но с использованием и других правовых систем основан Гражданский кодекс, вступивший в силу в 1898 году. Он был дополнен Торговым кодексом (1899 год), характеризующимся теми же чертами.

В этот период издается и серия актов в области публичного права. Свобода земледелия была провозглашена в 1871 году, свобода продажи земель--в 1872 году. В 1889 году император октроировал своим подданным конституцию. Организация управления была также модернизирована, было установлено новое административное деление страны на департаменты (кэны), а также приняты Законы о коммунах (1888 год) и о департаментах (1890 год).

Очень важные изменения внесены в японское право после 1945 года. Но и в этом случае речь никоим образом не идет о возвращении к нормам, более соответствующим духу и цивилизации Японии. Реформы, осуществленные в тот период с целью демократизации страны, носят американизированный, а не специфически японский характер. Эти реформы дали Японии новую Конституцию (1946 год), реорганизовали систему управления, статут публичной службы. Была перестроена судебная система, внесены изменения в действующие кодексы.

498. Произошла ли вестернизация Японии? После 1945 года к влиянию романских правовых систем добавилось и даже стало конкурировать с ними англо-американское влияние. Остается выяснить, в какой же мере, насколько глубоко за этим западным фасадом Япония претерпела трансформацию и восприняла идеи права в том виде, в каком они известны на Западе.

Этот вопрос встает как в плане публичного, так и в плане частного права. И в том, и в другом случаях право, скопированное по западному образцу, в сущности, регулирует лишь незначительную часть общественной жизни Японии. Это право предполагает буржуазное общество, состоящее из свободных индивидов, свободно вступающих в различные правоотношения. Япония далека от такого положения вещей.

Нравы японцев, безусловно, эволюционируют и частично приближаются к этой модели, что особенно ярко проявляется в городской среде и среди молодого поколения. Однако японское общество еще далеко от общества европейского и по своей структуре, и по своим нравам. Прежние нравы и образ мышления еще очень живучи у большинства японцев, даже в городах и даже в рабочей среде, а также в крупной торговле. Государственный капитализм и крупные дельцы выросли рядом с сельским пролетариатом, условия жизни которого мало изменились и который тесно связан с промышленным пролетариатом. Критический дух развился слабо, и конфуцианская идея иерархического порядка, базирующегося на самой природе вещей, продолжает существовать. Индивидуализм никогда не имел крепких корней в Японии. Социальные структуры и либеральный дух, которые предполагаются кодексами европейского образца, лишь в незначительной степени существуют в японской действительности. Западные кодексы созданы для рационалистской среды, их абстрактные конструкции -- продукт картезианского духа Запада. Применение современного права наталкивается в Японии на мистический сентиментализм японцев, больше любящих поэзию, чем логику, и довольно равнодушных в силу самой их истории к идеям свободы и человеческого достоинства.

499. Публичное право. В области публичного права предусмотренные законами усовершенствованные демократические институты искажаются в процессе их функционирования в силу того, что японцы не любят вмешиваться в общественные дела и предпочитают, чтобы ими управляли сильные мира сего. Японцы пребывают в неведении относительно того, что сегодня они хозяева своей судьбы. Специалист по истории политической мысли профессор Ока не колеблясь говорит о "внешнем конституционализме", характеризуя политический режим Японии. Произвол полиции вызывает мало протестов; министерство юстиции считает, что его долг сделать так, чтобы полиция была всегда на высоте, а это предполагает, что она всегда и любыми способами находит виновного в случае совершения преступления. Судьи мотивируют суммарно свои решения, считая бесполезным обосновывать их для заинтересованных лиц. Конституционный контроль осуществляется Верховным судом крайне осторожно, если не ограниченно; Акты отмены им законов и иных нормативных актов единичны.

500. Частное право. В сфере частного права действительность также далека от теории. Японцы продолжают видеть в праве аппарат принуждения, который использует государство для навязывания более или

менее произвольной воли правителей. Идея права в их сознании по-прежнему связана с наказанием и тюрьмой; право -- ненавистная вещь; честные люди должны сторониться права. Вызов в суд даже по гражданскому делу считается постыдным, страх позора можно считать главной движущей силой, определяющей поведение японцев.

Идея права не проникла в повседневную жизнь японцев. Абстрактный характер норм права, его логический характер по-прежнему чужды в стране, которая до недавнего времени не знала трудов Аристотеля. 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. Тот, кто не соблюдает эти нормы, действует лишь в своих интересах, вместо того чтобы подчиняться благородным порывам своей души; при этом и он сам, и его семья вызывают презрение. Если отбросить отношения между крупными предприятиями, то никто не обращается в суд для осуществления своих прав, как это предусматривается кодексами. Кредитор будет просить должника выполнить свое обязательство добровольно, с тем чтобы не ставить кредитора в затруднительное положение. Жертва несчастного случая, смирившись со своим несчастьем, откажется от обращения в суд для реализации своего права и с благодарностью примет вместе с извинениями скромное возмещение, которое виновник поспешит предложить пострадавшему. Обращение в суд для удовлетворения претензии, которую право объявляет законной, мало отличается в Японии от вымогательства. По мнению японцев, понятие субъективного права обезличивает человеческие отношения, оно ставит всех людей в положение равенства вопреки иерархическому порядку, который, согласно доктрине конфуцианства, являющейся основой японской традиции, существует в природе. Это понятие чуждо чувствам японцев, а они предпочитают руководствоваться чувствами, а не разумом. Суды Японии довольно активны, но большую часть их деятельности в области отношений между частными лицами составляет их примирение, а не решение дел по существу.

501. Значение мировых соглашений. Законом предусмотрены многие виды мировых соглашений'. Первый из них (едан) традиционно относится к досудебной стадии. Обращение в суд -- по мнению японцев, поведение, достойное порицания, и, прежде чем пойти на это, для решения возникшего конфликта ищут разного рода посредников. О мировых соглашениях такого типа нет статистических данных, тем не менее

складывается впечатление, что в их достижении значительна роль полиции. В 1958 году в муниципальную полицию Токио поступило 21 550 обращений по гражданским спорам и в 59% случаев стороны полюбовно решили свои споры.

В большинстве случаев конфликт завершается на этой стадии. Если же нет, то стороны имеют право обратиться в суд. Тем не менее идея примирения продолжает действовать. В соответствии с Гражданско-процессуальным кодексом (ст. 136) судья должен в ходе процесса постоянно стремиться к тому, чтобы привести стороны к примирению. Наилучший вариант -- это не судебное решение, удовлетворяющее обе стороны, а отказ от иска и полюбовное соглашение. Судье предоставлены многие возможности, для того чтобы он на всех стадиях мог играть роль посредника.

Вмешательство судьи -- это признак социального неблагополучия, и в Японии всячески стремятся избежать такого вмешательства. Кроме описанной выше процедуры (викой), сторонам предоставлена и другая возможность (шотей). Обратившись в суд, они могут просить не вынесения решения, основанного на законе, а создания примирительной комиссии, которой поручается предложить сторонам возможное мировое соглашение. В принципе в состав такой комиссии входят два посредника и судья, но последний не участвует в заседаниях, дабы не создалось впечатление, что на самом деле спор решен властью судьи. В целях сохранения добропорядочной репутации стороны предпочитают путь шотей. Кроме того, по определенным категориям дел (семейным, трудовым) закон предписывает эту процедуру.

Предположим теперь, что процедура, заняв несколько месяцев, тем не менее оказалась безрезультатной: посредники предложили соглашение, но одна из сторон или обе им не удовлетворились. Любая сторона получает в этом случае право в двухнедельный срок обратиться в суд. Однако суду и в этом случае предоставлен выбор: решить спор строго на основании закона или подтвердить вариант мирового соглашения, предложенный *ex aequo et bono* посредниками.

Возникал вопрос, не противоречит ли такое правило Конституции. Верховный суд долго не высказывался по этому поводу. Наконец после девятилетнего размышления он в 1956 году объявил, что это правило не противоречит Конституции. Однако такое решение было принято большинством в один голос (8 против 7). Через четырнадцать лет, решая аналогичное дело, Верховный суд изменил свою позицию и констатировал (9 голосами против 6), что соответствующая норма противоречит ст. 32

Конституции, согласно которой никто не может быть лишен права на разбирательство его дела в суде, и ст. 82 Конституции, устанавливающей, что разбирательство дел в судах производится открыто. Процедура шотей допустима лишь тогда, когда стороны добровольно соглашаются с достигнутым результатом.

Этот поворот судебной практики -- редкий в деятельности Верховного суда -- свидетельствует о прогрессе юридического мышления и принципа законности в стране. Кроме того, после 1958 года наблюдается некоторый упадок процедуры шотей. Статистика показывает, что ныне чаще, чем в прошлом, стороны просят суды решать на основании закона. Однако японцы еще далеки от отказа от своих традиций, и та же статистика говорит о том, что они не любят обращаться в суды. Юристы в Японии немногочисленны (в 1964 году их было 7136). Разбирательство дела в нижестоящих инстанциях часто происходит без участия адвокатов. У судьи большие возможности свести дело к примирению сторон или решать его, основываясь более или менее открыто на справедливости.

Антиюридическая направленность мышления настроила японцев и против арбитража. Казалось неприличным предвидеть заранее, что договор может породить спор и что в случае его возникновения он не сможет быть разрешен путем прямых, основанных на доброй воле, контактов заинтересованных сторон. Во внешнеторговых договорах часто можно встретить арбитражную оговорку. Но во внутренней торговле она заменена другой, устанавливающей, что, если не оговорено иное, споры решаются путем мировых соглашений. 502. Социальная действительность и право. Будущее японского права. Японцы охотно воспринимают все идеи, которые им преподносятся как современные; их мало заботит иностранное происхождение этих идей и имеющиеся в них противоречия. Никаких противоречий между созданием западного права и сохранением образа жизни, игнорирующего нормы этого права, нет. Ведь в любой стране право не является единственным средством, которое регулирует отношения между отдельными гражданами, и мы считаем, что это очень хорошо. Право предлагает способ решения для тех случаев, которые невозможно решить путем соглашения. А если дело можно решить полюбовно? Будет при этом использована модель, предложенная правом, или какая-то другая? Социологи испытывают большие трудности при ответе на этот вопрос. Различие состоит в том, что в странах Запада право пытается дать решения, соответствующие пониманию справедливости и нравам этих стран. Право же, искусственно импортированное в Японию, никак не связано с нравами страны.

В отличие от того, что происходит в социалистических странах, руководители Японии, вводя кодексы, вовсе не имели намерения изменить образ жизни населения. Желание развивать страну в плане экономическом, которое привело к восприятию западных правовых форм, сосуществовало с желанием сохранить традиционные нравы. Японцы продолжали до 1945 года жить так, как они жили прежде, игнорируя новое право.

События 1945 года были для японцев уроком, последствия которого еще трудно определить. Современная техника полностью меняет все отношения, которые могли существовать ранее между Западом и Востоком. Идея равенства людей, с которой мы встречаемся на Западе, имеет глубокое религиозное обоснование (все равны перед богом), с одной стороны, и светское, развитое индивидуалистскими доктринами, а затем и социалистической теорией -- с другой. Япония в своей приверженности принципу иерархической организации общества, налагаемой самой природой вещей, в настоящее время среди индустриальных стран осталась одинокой. Индустриализация и развитие городов вновь ставят на повестку дня вопрос о принципе организации общества: поражение 1945 года и беспрецедентная оккупация Японии иностранной армией вызвали сомнение в его безупречности. Старшее поколение жалуется, что молодые не знают норм гири. Прогресс демократических идей и расширение связей с границей может в конце концов привести Японию к осознанию того, что господство права -- это необходимое условие господства справедливости. Но это пока только гипотеза. Раздел четвертый

### ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ АФРИКИ И МАДАГАСКАРА

503. План. Правовые институты Африки и Мадагаскара привлекают в нашу эпоху особое внимание юристов. Период колонизации закончился, африканцы и мальгашаи взяли свою судьбу в собственные руки.

Нам следует рассмотреть положение, в котором находились страны в момент приобретения независимости, с точки зрения действовавшего права. Рассмотрим также проявляющиеся тенденции и ориентацию, даваемую правовым системам этой части света новыми руководителями.

#### Глава 1. ОБЫЧНОПРАВОВАЯ ОСНОВА

504. Разнообразие обычаев. Африка к югу от Сахары и Мадагаскар в течение многих веков жили по нормам обычая. Повиновение обычаю было в основном добровольным. Каждый считал себя обязанным жить так, как жили его предки; чаще всего было достаточно боязни сверхъестественных сил, чтобы заставить уважать традиционный образ жизни. Если новые обстоятельства ставили перед данным сообществом какую-либо проблему, то известный уровень организованности обычно позволял принять

необходимые меры или установить определенную линию поведения.

Обычаи Африки и Мадагаскара были многочисленны. Каждая из общин удовлетворяла самое себя, имела свои собственные нравы и обычаи. Различия между обычаями одного района или одной этнической группы были незначительными, а иногда носили просто ничтожный характер. Напротив, они могли стать значительными вне этих границ. В Африке имелись народности с монархическим режимом и с режимом демократическим. В достаточном количестве имелись и первобытные племена, где с трудом можно найти элементы какой-либо политической организации. Семья в Африке была иногда матриархальной, иногда патриархальной, причем оба эти типа встречались в многочисленных вариантах. Использование земли осуществлялось в разных местах по самым различным нормам.

Означает ли сказанное, что внутри этого права не существует никакого единства? Признавая крайнее обилие обычаев на континенте, разделенном на множество общин, все исследователи тем не менее констатируют, что имеется нечто общее, определенные черты, отличающие африканское право от европейского. Этот признаваемый всеми вывод английский автор выражает следующими словами: "Правовые системы Африки обладают таким сходством в том, что касается процесса, принципов, институтов и техники, что представляется возможным говорить о них общим образом; можно считать, что они образуют семью, хотя и неизвестно, кто был их общим предком".

505. Африканская концепция социального порядка. В представлении африканца обычай связан с мифическим строем универсума. Повиновение обычаю означает уважение предков, останки которых слились с почвой, а дух витает над живыми. Нарушение обычая может повлечь самую невероятную негативную реакцию духов земли, ибо естественное и сверхъестественное, поведение людей и поведение природы -- все связано в этом мире.

Африканский обычай основан, таким образом, на идеях, полностью отличающихся от господствующих в современной западной мысли. Статичное мировоззрение африканцев не знает идеи прогресса и неблагоприятно относится ко всякому действию (например, к продаже недвижимости), институту (например, к давности), в результате которого изменяется сложившаяся ситуация. Интерес африканцев сосредоточен на группах (триба, каста, деревня и т. д.), взятых вне времени, а не на их более изменчивых элементах, как-то: индивидах или семьях. Земля принадлежит в большей мере предкам и будущим поколениям, чем ныне проживающим

на ней. Брак -- это скорее альянс двух семей, чем союз двух людей. Нельзя сказать, что личность игнорируется, она признается, но в отношении внешнего мира в качестве единого субъекта выступает группа.

Эта концепция оставляет мало места понятию субъективных прав. Упор сделан на обязанностях. Среди этих последних юридические не отличаются от моральных. В рамках африканских обычаев такого рода различие проводят обычно европейские юристы, но оно непонятно африканцам, ибо у них нет ни науки права, ни юристов. Тем более неизвестно им деление на право публичное и частное, гражданское и уголовное, на право и справедливость. Имущественное право и обязательственное привязаны к статусу, то есть неотделимы от личных прав. Оказавшись перед лицом столь запутанной, по их представлениям, ситуации, европейские авторы задаются вопросом, не напрасно ли мы ищем в Африке то, что соответствует нашему понятию права, и не должно ли обычное право рассматриваться как объект изучения не юриста, а антрополога .

506. Роль процесса. Что же происходит в случае конфликта, когда кто-то обвинен в нарушении обычая? Обычай может, разумеется, содержать нормы, но зачастую эти нормы не содержат материальных элементов, подлежащих применению. Задача видится в большей мере в полюбовном примирении заинтересованных лиц, чем в установлении прав. Оно не стремится дать каждому "то, что ему причитается". В африканской среде "справедливо" прежде всего то, что обеспечивает сплоченность группы и восстанавливает согласие и взаимоотношение между ее членами. Право и правосудие неизбежно различны, когда речь идет об ограниченных общинах, какими являлись все общества Африки и Мадагаскара в доколониальный период, или же о крупных обществах, подобных нашим европейским государствам. Туземное правосудие выступает скорее как институт примирения, чем как институт применения строгого права. Отсутствие действенного механизма исполнения решений делает еще более необходимым достижение согласия; решение, основанное лишь на властных началах, рискует остаться бездейственным. Дух, характерный для африканского общества, таков, что индивид, в пользу которого вынесено решение, отказывается от того, чтобы оно было исполнено.

507. Трудность изучения обычаев. Для иностранцев изучение обычаев весьма затруднительно. Прежде всего очень трудно описывать их, пользуясь терминами европейского словаря. Его применение, использование конструкций западного права ведут лишь к полной деформации понятий обычного права. Это особенно отчетливо видно на

примере семейного права. Африканская семья отлична от западной, в ней по-иному построены отношения родства. Приданое в Африке не имеет ничего общего с приданым по мусульманскому праву, а тем более римскому праву. Порядок наследования определяется правилами, которые мы нередко почти не понимаем. Идея о том, что индивид может быть собственником земли, противоречит укоренившимся у жителя Африки представлениям.

Точно так же трудно установить, в какой мере обычай, о котором рассказано в устной форме, действительно соответствует действующему обычаю, и в особенности обычаю, применяемому судами. Рассказчик часто искажает обычай либо потому, что подстраивается под заданный вопрос и не хочет противоречить спрашивающему, либо потому, что хочет представить свою общину более цивилизованной, чем она есть на самом деле.

Нет ни одного письменного памятника туземного происхождения, который позволил бы ориентироваться в лабиринте обычаев и вывести какие-то общие принципы. Обычай в Африке остался устным. Мальгашские кодексы и законы не представляют собой настоящего исключения;

они говорят лишь о некоторых частных решениях и регламентарных правилах'. Социальный же порядок детально регламентировался не ими, а так называемыми фомба, соответствовавшим китайским правилам или японским гири.

Заботами французской колониальной администрации были подготовлены многочисленные (примерно 150) "сборники обычаев". Опубликована лишь половина из них, и ценность сборников неодинакова<sup>2</sup>. В английской Африке в колониальный период обычаями интересовались мало. Лишь совсем недавно появились работы этнологов и юристов, позволяющие увидеть все разнообразие обычаев и понять их механизм и дух.

508. Влияние христианства и ислама. Даже до колонизации в Африке ощущались посторонние влияния. Это относится главным образом к христианству и исламу.

Распространение христианства в Африке происходило в течение двух периодов. Эфиопия стала христианской страной в начале IV века. Обращение в христианство других частей Африки и Мадагаскара, напротив, имело место в связи с появлением в этих странах европейцев главным образом в XIX веке. Среди жителей Африки ныне 30% -- христиане.

Исламизация являлась прогрессивным явлением; она началась в XI

веке и затронула главным образом страны Западной Африки, позднее (XIV-XV века) -Сомали и берега Индийского океана. 35 процентов жителей Черной Африки -мусульмане.

Ни христианство, ни ислам не одержали полной победы, но обе эти религии постепенно оказали значительное влияние на население большей части Африки. Каково же их влияние на обычай? Это влияние было различным. Обычаи зачастую продолжали действовать, даже если они и противоречили новой вере. Как в исламских, так и в христианских странах считалось, что человек греховен и человеческие общества являются в Африке градом господним не более, чем в остальном мире.

Христианизация и исламизация, помимо тех изменений, которые они смогли привнести в обычаи, имели, однако, и другой очень важный эффект. Обычаи, даже если им и продолжали по-прежнему следовать, потеряли в глазах населения былую неразрывную связь со сверхъестественными силами. Вместо того чтобы казаться данными миропорядком, они стали лишь признаком несовершенного общества. Люди продолжали жить так же, как и ранее; у них не имелось достаточно мужества для перестройки, но они знали отныне, что живут не по божьим законам, не по "праву".

Обычаи сохраняли свое фактическое социологическое значение; но их авторитет был разрушен, как только получила распространение идея нового социального и морального порядка, отличающегося от обычаев и высшего по отношению к ним. С учетом всех особенностей можно тем не менее провести известную аналогию между сложившимся положением и ситуацией в Европе, когда началась рецепция римского права. Там также продолжали свое существование региональные и местные обычаи, но под правом понималось уже нечто другое, иная группа норм. Идея права проложила себе путь в Африке, как и в Европе: христианизация и исламизация лишили обычаи их сверхъестественного и магического основания, они открыли путь к их упадку.

509. Пример Эфиопии. В этом отношении типичным является пример Эфиопии. Несмотря на то что среди ее населения преобладают христианские народы -амхара, тигре, галла,-- в Эфиопии вплоть до нашей эпохи действовало чисто обычное право. Это право было чрезвычайно фрагментарным. Господствовавшие обычаи не носили священного характера. Право для эфиопов выражалось в номоканоне, составленном в Египте в XIII веке и переведенном с арабского на язык гыз в XVI веке под именем Фета Негаст (правосудие королей). В этих условиях по инициативе императора Хайле Селассие I было предпринято обновление права. Вновь составленные кодексы создали в ряде сфер новое право; в других они

сильно изменили обычаи, и при этом не раздался ни один голос протеста. В Эфиопии можно придерживаться определенных обычаев, но эта привязанность основывается на чувствах или заинтересованности; обычай, зачастую отвергаемый религией, не имеет для эфиопов никакого священного характера. Глава II. КОЛОНИАЛЬНЫЙ ПЕРИОД

510. Позиция колонизаторов. Вся Африка и Мадагаскар подпали в XIX веке под господство европейцев. Какова была позиция колонизаторов в отношении права?

Позиция англичан, с одной стороны, и латинских народов -- с другой, была в принципе различной. Французы, испанцы и португальцы долгое время проводили политику ассимиляции, основанную на двойном постулате -- равной ценности всех людей и превосходства европейской цивилизации. Эта политика просуществовала до конца колониальной эпохи. Конституция Франции 1946 года провозгласила, что туземцы сохраняют свой личный статус в том случае, "если они от него не отказываются"; французская тенденция отчетливо выражена в этой оговорке.

Не многим отличалось положение в Бельгийском Конго, с той лишь разницей, что принцип уважения туземных обычаев был в этой стране подтвержден ранее: в связи с образованием независимого государства Конго в 1885 году и колониальной хартией от 18 октября 1908 года. В Бельгийском Конго, как и во французских владениях, ассимиляция рассматривалась как нормальное завершение цивилизаторских действий и метрополия непосредственно брала в свои руки управление страной.

Англичане, напротив, проводили политику косвенного управления; в целом они менее стремились к преобладанию их концепций на подвластных территориях.

Противоположность этих двух политик в области публичного права очевидна. Формула колонии, непосредственно управляемой метрополией, была принята в латинских странах; англичане же более охотно склоняются к формуле простого протектората. Те и другие, естественно, распространили на колониальные владения нейтралистские и децентралистские концепции, которые они применяли на своих собственных территориях относительно местных территориальных образований.

Однако, несмотря на указанный различный порядок управления, практика была в значительной мере одинакова. Чтобы убедиться в этом, достаточно лишь посмотреть на достигнутые результаты. Страны, входившие в Британскую империю, считают себя сейчас странами общего

права, а страны, входившие во Французскую империю-- старое Бельгийское Конго, Руанда и Бурунди -примыкают к системе романского права.

Как это произошло и какими стали африканские и мальгашские обычаи? Следует указать, что в данном случае имело место двойное развитие. С одной стороны, произошла рецепция современного права, затронувшая прежде всего те сферы, где особенно ощущался переход к новой цивилизации и где, следовательно, традиционные обычаи были практически бесполезными. С другой стороны, можно отметить преобразование обычного права даже и там, где оно давало полную регламентацию. Это происходило потому, что держава-колонизатор не рассматривала его как достаточно цивилизованное, либо потому, что обычное право было вынуждено приспособиться к изменениям в других областях. Отдел 1. Новое право

511. Необходимость нового права. Обычай первоначально охватывал в Африке и на Мадагаскаре всю общественную жизнь. Он устанавливал правила организации общества как в политическом, так и экономическом аспектах, а также нормы, регулировавшие семейные отношения, правила обмена между индивидуумами, нормы уголовного права и процесса. Традиционное право отражало в самых различных вопросах ту концепцию общества, которой придерживались деревня или племя. Однако оно не было пригодно к приспособлению с необходимой быстротой к тому типу нового общества, которое утвердилось в XIX и XX веках.

Развитие права в некоторых областях, например нового торгового права, было необходимо. Обычное право не давало здесь никакой базы. Все акционерное право, патентное и морское право, нормы о ценных бумагах должны были быть импортированы с Запада. Работа традиционно рассматривалась в Африке не как способ заработать себе на жизнь, а как основанный на соблюдении обычаев образ жизни в союзе с силами природы. Здесь была немыслима идея договора, по которому кто-то обязывается за вознаграждение работать на другого. Отсюда необходимость с появлением оплачиваемой рабочей силы в рецепции нового для стран Африки трудового права.

Обычай сложился, чтобы регулировать отношения между членами одного и того же общества или обществ, родственных по образу жизни. Западное право было необходимо, чтобы регулировать жизнь европейцев и их отношения с туземцами, а также отношения между туземцами, входящими в общества с различными обычаями. Западное право послужило своеобразным ]из @еп-1шт, применяемым к отношениям,

выходившим за рамки обычного права.

Наконец, для применения нового права, импортированного с Запада, были непригодны правосудие и процессуальные нормы, выросшие на базе обычного права. Во всех странах Африки и на Мадагаскаре, помимо традиционных органов разбирательства споров, были созданы суды европейского типа, компетентные во всех случаях, где нормы обычного права не могут быть применены:

спору, в которых одной из сторон являются неафриканцы, споры, затрагивающие новые типы отношений, не урегулированные обычным правом.

512. Ограничение области обычного права. Эволюция, однако, не остановилась на этом. Торговля со странами Африки, эксплуатация ресурсов страны потребовали современной администрации. Во всей Африке и на Мадагаскаре была создана новая администрация, что ознаменовало разрыв с традиционными институтами. Местные руководящие органы были реорганизованы и поставлены под контроль, а иногда просто уничтожены. Были созданы местные ассамблеи нового типа. Совершенно по-новому были организованы службы финансовые, полицейские, здравоохранения, просвещения и публичных работ. При этом никакой базы для их построения традиционная структура не дала.

В области уголовного права державы-колонизаторы стремились с самого начала запретить некоторые варварские обычаи и пресечь злоупотребления ими. Постепенно их вмешательство становилось все более активным. На конечном же этапе эволюции с 1946 года с некоторым учетом местных нравов во всей Французской Западной Африке и на Мадагаскаре стал применяться французский Уголовный кодекс. Суды французского права также получили исключительную компетенцию в сфере уголовного права. В Английской Западной Африке были введены уголовные и уголовно-процессуальные кодексы, основанные на английском уголовном праве. Исключение составила Сьерра-Леоне, где и без выработки кодекса вступило в действие общее право.

В результате действия нового права обычное право во Французской Африке и на Мадагаскаре оказалось сведенным практически лишь к области частного права, регулирующей семейные отношения, земельный режим и обязательства чистого гражданского права. Аналогичная ситуация наблюдалась в английских и португальских владениях, тогда как в Бельгийском Конго обычное право сохранило значение и в области уголовного права.

Следует, кроме того, учесть, что и в областях, где продолжало

соблюдаться обычное право, оно могло иными путями заменяться правом западного типа. Туземцам во французских, бельгийских и португальских владениях была предоставлена возможность подчиниться европейскому статусу. С другой стороны, в тех же странах они могли путем имматрикуляции поставить свои земли в режим, полностью отличающийся от обычного.

Иначе обстояло дело в английских колониях. Туземцы не могли здесь в общем порядке поставить себя под действие "современного права". Но такая возможность предоставлялась им в отношении некоторых действий и некоторых законов. Так, например, они могли заключить договор или вступить в брак "по-европейски", со всеми вытекающими отсюда последствиями.

513. Принадлежность нового права к семьям западного права. Новое право западного образца точно отражало юридические концепции страны-метрополии, что, впрочем, требует некоторых оговорок.

Применение права метрополии не было в Французской Западной Африке и на Мадагаскаре ни автоматическим, ни полным. Кодексы и законы метрополии применялись лишь в той степени, в какой декрет специально предписывал их применение на различных территориях. Кроме того, декреты или другие регламентарные акты могли предписывать применение на определенных территориях особых норм. Аналогичное положение встречается в испанских и португальских владениях, а также в Бельгийском Конго, где действовал специальный Гражданский кодекс.

На территориях Английской Африки британские подданные (их отличали от туземцев -- natives) в разных регионах были подчинены разному правовому режиму в соответствии с "приказами в совете" и местным законодательством. В Западной Африке, Северной Родезии (Замбии), Ньясаленде (Малави) и в Британском Сомали применялись общее право, право справедливости и статусы общего характера (status of general application), вступившие в силу в метрополии к определенной дате: 1874 год--для Золотого Берега (Ганы), 1880 год-- для Сьерра-Леоне, 1888 год--для Гамбии, 1900 год-- для Сомали, 1902 год--для Ньясаленда (Малави), 1911 год -- для Северной Родезии (Замбии). В Восточной Африке применялось право Британской Индии таким, каково оно было на определенную дату (1897 год--для Кении, 1902 год--для Уганды, 1920 год-- для Танганьики). Здесь собственно английское право применялось лишь субсидиарно. К югу от Замбези в принципе действовало романо-голландское право и законы общего характера на определенную дату. В эту группу входили Мыс Доброй Надежды, Южная Родезия, Бечуаналенд

(Ботсвана), Басутоленд (Лесото), Трансвааль и Свазиленд. В Либерии действовали "общее право и обычаи судов Англии и Соединенных Штатов Америки в том виде, как они изложены Блэкстоном, Кентом и в других авторитетных книгах".

Однако вся эта рецепция не была окончательной и тотальной. Местный законодатель мог вносить изменения в реципированное право; равным образом и суды могли исключить ту или иную норму, которая представлялась им неподходящей к местным условиям. В результате развития законодательства, с одной стороны, и судебной практики -- с другой, право этих стран все более отличалось друг от друга и от того, каким оно было введено на определенную дату. Отдел II. Традиционное право

514. Эволюция обычного права. Державы-колонизаторы не только выработали новое право в областях, на которые никогда не распространялись обычаи и где обычай не давал достаточной базы для ставшей необходимой регламентации. Как мы видели, они исключили применение обычного права во многих областях, где оно существовало, но где его нормы оказались неприемлемыми для европейских правителей.

Во Французской Западной Африке был предпринят ряд мер, направленных на то, чтобы раскрепостить людей, улучшить положение женщины. Однако многие из соответствующих предписаний остались мертвой буквой. В Английской Западной Африке суды имели право отказаться от применения обычая, противоречащего справедливости или совести, но использовали это весьма умеренно.

Остается рассмотреть, что стало с обычным правом в тех областях, где допускалась возможность и необходимость его применения.

Нельзя утверждать, что обычное право неспособно к эволюции. Оно переживало трансформацию еще в доколониальный период, когда образовывались новые политические объединения (например, в Буганде, Басутоленде, у зулусов), а в еще большей мере -- в результате влияния ислама и христианства. Так, семья матриархального типа сменилась патриархальной семьей. Эволюция должна была ускориться с появлением новых структур и идей, принесенных колонизаторами. Введение денежной экономики, появление рынка рабочей силы, распространение просвещения, идеи индивидуализма и демократии, возросшие возможности коммуникации, контакты с европейцами -- все это создавало самую благоприятную атмосферу, для того чтобы многие африканцы задались вопросом о том, действительно ли обоснованы традиционные нормы. Конечно, большинство африканцев продолжали жить, как и раньше, но

росло и число тех, кто ставил под сомнение институты и практику обычного права.

Для того чтобы спасти традиционную систему, мало было провозгласить в качестве принципа уважение к туземным обычаям. Это провозглашение не было бы иллюзорным, если бы обычное право поставили в условия, способствующие его выживанию. Для этого требовались позитивные действия, нужно было реформировать и систематизировать обычное право, сделать его более ясным, дать ему возможность утверждения рядом с европейским правом. Но обо всем этом мало заботились. Колонизаторские власти провозгласили а принципе уважение обычаев, но меры, которые они проводили в развитие этого принципа, привели к обратному результату.

515. Роль обычных судов. Одной из таких мер была реформа судов, призванных применять обычное право. Традиционные органы были заменены администраторами, которым ассистировали "заседатели", знающие обычное право.

Можно было ожидать, что в Английской Западной Африке эволюция обычного права пойдет более естественным путем, так как здесь в соответствии с принципом косвенного правления были сохранены традиционные органы правосудия, действовавшие под контролем английских властей. Однако отличие от Французской Западной Африки оказалось не столь значительно -- и не только потому, что в большинстве случаев английская администрация устанавливала эти туземные органы, не зная действительной традиции. Самое главное состояло в том, что и в Английской, и во Французской Западной Африке обычное право лишили его естественных свойств и исказили его применение, и произошло это потому, что к нему пытались подойти как к праву западного типа. В стремлении исключить произвол и гарантировать правовые отношения были изменены условия деятельности и сама роль туземных судов. Из них хотели сделать гаранта признанных за индивидом субъективных прав, и тем самым они лишились своей традиционной роли примирителя конфликтов. Постепенно они становились институтом, сохранившим в себе очень мало от традиционного правового обычая.

516. Роль судов современного права. Эти суды, с их персоналом, состоящим из юристов европейской формации, могли лишь усугубить тенденцию видеть в обычных нормах вопреки их реальной природе нормы европейского типа. В тех исключительных случаях, когда суды должны были применять обычаи, или тогда, когда они проверяли правильность решений, вынесенных в соответствии с обычаем, эти суды действовали

отнюдь не в духе обычного права. Впрочем, и по своей природе они не могли действовать иначе.

Особенно сильна была дезориентация судов европейского типа в Английской Западной Африке. Когда обычай признавал и применял туземный суд, наличие и содержание обычая были для английских судов не более чем вопросом факта, и в соответствии с "правилом обратного прецедента" они оставляли туземным судам в отношении обычая полную свободу действий. Когда же английские суды должны были сами применять туземный обычай, они пытались перенести на африканскую почву господствовавшую в Англии систему доказательств наличия и содержания иностранного закона или же торгового обычая. Однако ни один из этих подходов не мог оценить действительную природу обычного права, и его применение искажалось. Действие правила прецедента, которое являлось следствием признания достоверности определенного обычая, не могло дать удовлетворительных результатов в африканской среде, где потребность в эволюции обычаев была более насущной, чем задача обеспечить предвидимость судебных решений и надежность правовых отношений'. Не могут подходить к условиям всех стран одни и те же концепции источников права.

517. Заключение. Наибольшее изменение, внесенное в колониальный период в обычное право, имело своим результатом возросшее влияние новой концепции социального строя строгого и формалистского, отказавшегося от традиционного способа решения споров и по всему этому непонятного для африканцев<sup>2</sup>.

Африканская цивилизация основывалась на определенных ценностях: духе общности, уважении к предкам, отсутствии антагонистических классов. Очень часто эти ценности разрушали, не заботясь о замене их новыми. Так африканцев толкнули к ослаблению семейных и клановых связей, но оказались неспособными дать вместо них солидарность социального корпуса в целом. И в наше время африканские руководители упрекают за это европейцев. Глава III. НЕЗАВИСИМЫЕ ГОСУДАРСТВА

518. Подтверждение прежнего права. Эволюция права, имевшая место во времена колонизации, была необходима для африканского и мальгашского населения. И получение независимости африканскими странами и Мадагаскаром ни в коем случае не означало реакции на эту эволюцию. Напротив, новые руководители выразили желание ее завершить.

Все право западного толка, установленное державами-колонизаторами, было подтверждено в новых государствах, и даже в странах, провозгласивших себя социалистическими, ни один человек не выступил с

требованием его отмены. Ни один из названных законов не был отменен в плане возврата к прошлому. Напротив, меры, принятые в тех или иных странах, отчетливо свидетельствуют о стремлении сохранить и усовершенствовать "современное право", введенное в эпоху колониализма.

Независимость привела к власти новых людей и заставила по-новому взглянуть на многие проблемы. Руководители независимых государств куда больше, чем их европейские предшественники, были озабочены тем, чтобы обеспечить развитие своих стран, а также упрочить их традиционные сложившиеся ценности. Отсюда мощная волна реформ, затронувших как публичное, так и частное право.

В сфере публичного права западная конституционная модель плюралистической демократии оказалась неприемлемой для африканского общества. От нее отказались во всех странах, предпочтя президентский режим, часто представлявший собой диктатуру, исключающую участие граждан в осуществлении власти. Однако такую ситуацию многие считают временной и надеются на модернизацию социальных и экономических структур и сознания, необходимую для формирования демократического режима.

В сфере частного права противоречия не столь значительны. С одной стороны, очевидно стремление реабилитировать обычай и подтвердить свою приверженность к принципам и моральной ценности обычного права. С другой стороны, все согласны с необходимостью отказаться от ряда норм, поломать многие структуры, мешающие развитию страны, все озабочены тем, чтобы укрепить единство страны -- часто непрочное -- с помощью национального права, которое выступает в этой связи как инструмент революционной трансформации, но в таком качестве часто отходит от традиционного обычая.

519. Реабилитация традиционных ценностей. Вместе с независимостью возобладало новое отношение к традиционному праву. В настоящее время судьбы новых государств взяли в свои руки африканцы, воспитанные в среде обычаев. Они стремятся утвердить и сохранить определенные моральные ценности, которые научились уважать в этой среде, и считают, что очищенные от некоторых злоупотреблений обычаи могут составить основу частноправовых отношений между африканцами. В традиционном образе жизни не все необходимо отвергать. В частности, солидарность между членами группы является тем позитивным элементом, который следует сохранить. Африка и Мадагаскар не должны впасть в крайность индивидуализма, которая в наше время осуждается и на самом Западе. Слова "африканский социализм" находятся там в почете!

Деколонизация сопровождалась многими декларациями о большом значении обычного права, необходимости его сохранения. Это была реакция на презрительное отношение к этому праву в период колониализма.

На Мадагаскаре в 1957 году представительная ассамблея приняла решение о кодификации обычаев. В Танганьике в 1961 году (а ранее в Сенегале) было сделано то же самое. В Нигерии региональные ассамблеи взяли на себя инициативу подготовки компиляций, придававших обычаям санкционированный властью характер.

Большая работа по систематизации обычного африканского права проводилась под эгидой Школы восточных и африканских исследований Лондонского университета при поддержке Фонда Наффилда и с участием заинтересованных государств. Опубликован ряд томов, излагающих обычное право и право наследования в Кении (1968--1969 годы), брачное, вещное, наследственное и обязательственное право в Малави (1970--1971 годы), семейное право Ботсваны (1972 год).

520. Политика африканских руководителей. Новые руководители, вышедшие из кругов, приобщенных к западному образу жизни, в своих речах охотно и даже экзальтированно говорят об африканизме и негритюде. Они различаются в том плане, что модель для одних -- страны либеральной экономики, а для других - страны коллективистской экономики. Как одни, так и другие, стремясь развивать и модернизировать свои страны, в конечном итоге действуют в ущерб обычаю.

Несомненно, было бы трудно сохранять в течение длительного времени бок о бок современное публичное право, основанное на определенных принципах, и обычное частное право, основанное на противоположных процессах. Единство нации плохо совместимо со слишком большой сплоченностью трибы; развитие экономики требует, чтобы зависимость индивида от семьи и племени ослабла. Африканские руководители оказались перед выбором. Обычное право - принадлежность группы, рамки которой не могут быть произвольно расширены. Стремление унифицировать право в масштабах нации повлекло новацию обычаев. Стержень обычного права -- идея гармонии и примирения. Попытками реализовать правление права, понимаемого как гарантия субъективных прав, видя в законах и прецедентах правила, которые должны строго соблюдаться, а не быть лишь исходным пунктом для полюбовного мирового соглашения,-- всем этим отняли у обычного права то, что составляло его сущность.

В конечном итоге не имело значения, что закон или судебная практика

воспринимали и санкционировали какие-то решения, даваемые обычаем. Если действительно хотели уважать и продолжать африканскую традицию, следовало торжественно подтвердить свойственные обычаю гибкие формы эволюции и гибкие процессуальные формы. Другими словами, нужно было допустить плюралистическую концепцию общества: группам, которые создали тот или иной обычай, следовало разрешить продолжать руководствоваться данным обычаем. Без этого не может быть подлинного обычного права. Государство не может, не разрушая обычай, подменять собой в процессе установления обычая и отправления на его основе правосудия первичные общественные группы.

Новые государства не последовали по этому пути, и к тому были, по правде говоря, весьма веские основания. Новое право могло быть в той или иной стране в определенной мере основано на обычаях. Но общегосударственное право не является больше правом обычным, причем даже и тогда, когда считают нужным сохранить это понятие в официальной терминологии.

521. Реформа в области судоустройства. Во времена колониализма существовали главным образом две категории судов: одна специализировалась на применении обычного права, другая применяла современное право. Когда африканские страны стали независимыми, эта двойственность была поставлена под вопрос. Показалось неприемлемым существование в одном и том же государстве двух видов юстиции, из которых один справедливо или несправедливо, но рассматривался как низший по отношению к другому. Поэтому в ряде стран были проведены важные реформы в области судоустройства; эти реформы включили туземные суды в единую судебную систему, различие между судами современного права и обычного права перестало существовать.

Эти реформы имеют весьма значительные последствия в том, что касается обычного права. Применяемое непосредственно юристами, обычное право неизбежно меняет свою природу, потому что ему придают противоречащую этой природе строгость и определенность. Понятия юристов и понятия обычного права вступают в противоречие. Применение обычного права под контролем юристов и, более того, передача его непосредственно в руки юристов влекут за собой большую опасность ускорения упадка традиционного права.

Обратимся к странам английского языка. До независимости обычное право в странах Английской Западной Африки, когда на него ссылались в судах английского права, рассматривалось как факт. Подобный подход стал невозможен, ибо никакое право не может рассматриваться как иностранное

в своей собственной стране.

Может показаться, что, став полноправным, обычное право получило известное повышение в ранге, ибо отныне оно применяется как равноправное. Однако именно в процессе применения оно и искажается, поскольку судьи воспитаны в духе английского общего права, чуждого обычаю. Новая, все более полная публикация, сборники судебной практики, посвященные обычному праву, были призваны спасти его, но в то же время способствовали его упадку, ибо, будучи зафиксированным, обычное право потеряло при этом свою душу. Обычай, полностью ставший правом, имеет мало общего с традиционным обычаем. Деколонизация не послужила реабилитации обычая; в действительности она спела ему отходную.

522. Современное общество и обычай. Современные правовые системы стран Африки могут с успехом воспринять некоторые элементы, идущие от традиции обычного права. Однако они не могут не отказаться от того, что составляет сущность этого права.

Уже христианство и ислам подорвали обычное право, ибо на место понятия космического равновесия (которое оказалось бы подорванным, если бы нарушались запреты) они выдвинули идею божественного закона. Современная рационалистическая мысль лишила обычное право самой его основы, ибо она окончательно отрывает право от верований и мифов прошлого.

Обычное право обслуживало общества, замкнутые на самих себе. Современное право -- это по необходимости некое *jus gentium*, созданное для общества, в котором смешались многочисленные общины прошлого. Им не может стать право какой-то одной или другой из этих общин. Руководители многих стран стремятся создать из всех этих общинных прав одно национальное право, надеясь таким образом упрочить в юридическом плане национальное единство, которое пока еще во многих странах недостаточно.

Обычное право свойственно сельским статичным обществам. Руководители молодых государств стремятся к кардинальным реформам, затрагивающим сам строй общества, устраняющий культурный барьер, который сегодня разделяет население города и деревни, образованных людей и массу жителей. Эти руководители хотят развивать новые секторы в экономике, осуществить земельные реформы. При таких установках новое право не может быть слепком с обычаев; его четкая цель состоит в том, чтобы по многим параметрам изменить образ жизни населения. Как заявил министр юстиции Мадагаскара, "цель закона -- трансформировать

традиции, чтобы открыть путь социальной и экономической эмансипации; он не может поэтому не войти в противоречие с обычаем".

523. Кодификация африканского права. Во всех молодых государствах проведена огромная законодательная работа. В странах французского языка после получения независимости принято свыше ста кодексов; в Эфиопии опубликовано в период 1957--1965 годов пять кодексов, соответствующих моделям наполеоновских кодексов. Равным образом приняты крупные законы в странах английского языка -- Гане, Нигерии, странах Восточной Африки.

Эта законодательная деятельность охватывает прежде всего такие сферы современного права, как уголовное, судоустройство, обязательственное и договорное право. Этим дело не ограничилось, и законодательные реформы затронули и сферу "персонального статуса" африканцев. В Сенегале, Гане, Кении реформировано земельное право; в странах французского языка, а также Танганьике не побоялись изменений в некоторых отношениях революционного плана в семейном праве.

Эта законодательная деятельность влечет за собой два вопроса. Первый: в какой мере соблюдаются новые законы; второй: не чрезмерно ли копируют в Африке западные модели?

524. Стойкость традиционного образа жизни. Не следует обманывать себя: любые новые законы, особенно те, которые направлены на принципиальные реформы семейных структур, сталкиваются с противодействием населения и не изменили образа жизни большинства. За фасадом законов крестьяне продолжают жить так же, как жили их предки, игнорируя "право городов" и институты, установленные "интеллектуалами". По достоверным данным, от 80 до 90% населения продолжают жить по старинке, избегая всякой модернизации. Соблюдаются старые обычаи, избегают обращения в государственные суды, предпочитая арбитраж или, еще более часто, примирение в соответствии с традициями.

Все это, разумеется, не означает, что изданные властями законы бесполезны. Опережая общественное мнение и нравы, которые они пытаются реформировать, законы эти значимы в плане воспитания и убеждения, подобно *jus cogens* далекого прошлого, преподававшемуся в европейских университетах. Новые нормы говорят об образе общества, которое стремятся создать, и не следует ожидать их полного и немедленного применения, подобного тому, что имеет место в европейских правовых системах. Сам законодатель должен быть осторожен и предоставить судьям большую свободу действий при реализации принятых им норм. В необходимых случаях эти нормы могут рассматриваться скорее

как модель, призванная руководить поведением людей, а не как обращенный к ним строгий приказ.

525. Проблемы применения права. С другой стороны, в слаборазвитых странах нужно принимать во внимание отличающиеся от европейских условия применения права. Полезно расширять преподавание права, публиковать сборники законов и судебной практики, учебники по праву, облегчать документацию в области африканского законодательства. Однако эта работа не может дать в Африке те же результаты, что в Европе. Из-за отсутствия достаточного числа профессиональных юристов правовые нормы рискуют остаться мертвой буквой. Они могут быть использованы в своих интересах лишь наиболее развитыми элементами населения и послужить, таким образом, не ослаблению, как этого хотят, а усилению привилегированной позиции этих элементов.

Даже в индустриально развитых странах в последнее время осознали, что низшие слои населения далеки от знания своих прав и умения их использовать. В США, Англии, во Франции обнаружилась полная несостоятельность системы юридической помощи. Еще более остро стоит эта проблема в Африке: может быть, здесь представит особый интерес опыт марксистско-ленинских стран, где, как нас уверяют, эта проблема решена с большим успехом. Следует обратить внимание также на норму Гражданского федерального кодекса Мексики 1928 года, которая позволяет судьям отказаться от применения правила "незнание закона не есть оправдание" -- если при определенных обстоятельствах и учитывая социальное положение заинтересованных лиц применение этой нормы не соответствует справедливости.

526. Приоритет идеи развития. Можно задать вопрос: а не следовали ли страны Африки в правовой области слишком близко за образцом европейских стран? Требуется, по мнению некоторых, реформируя право Африки и Мадагаскара направить его развитие на тот путь, который в наибольшей степени соответствует особым условиям и нуждам этих стран.

Право очень часто понималось и создавалось в Африке в соответствии с европейским взглядом, согласно которому на первый план ставились проблемы стран, развитых в экономическом и социальном планах. Лозунгом стран Африки и Мадагаскара сейчас стало развитие. Право должно в этих странах приниматься как право развития; все другие соображения становятся второстепенными по сравнению с этой основной целью.

Речь, конечно, не идет об отказе в Африке от моральных ценностей или от достоинства человека. Но в слаборазвитых странах законно

стремление подчинить индивидуумы единству более, чем мы подготовлены допустить это в Европе. Такой подход соответствует духу традиционного обычая. Отсюда вытекают несомненные различия в иерархии публичного и частного права; в обществах, где прогресс должен ожидаться скорее от инициативы государства, чем от инициативы некомпетентных и не свободных от предрассудков частных лиц, роль публичного и частного права в регламентации общественных отношений различна.

Отсюда вытекает и различие решений по сравнению с европейскими странами: естественные права человека должны быть гарантированы, но они могут иметь более строгие ограничения, чем в Европе; "священный" характер права собственности не должен служить препятствием аграрным реформам, законодательство о сельскохозяйственном кредите должно учитывать, что крестьяне зачастую являются должниками, и предусматривать мероприятия, направленные на то, чтобы помешать уплачивать получаемые от государства займы злоупотребляющим кредиторам или использовать их на непроизводительные расходы -- оплату свадебных или похоронных церемоний.

527. Опасность законов или конвенций европейского происхождения. Очень часто страны Африки и Мадагаскара получали в различных областях законы, не приспособленные к их конкретным условиям и нуждам, законы, являющиеся лишь простым, слегка измененным вариантом законов, созданных для европейской страны. Можно порицать колониальных администраторов за то, что они прибегали к подобной легкой процедуре. Но эта опасность скорее увеличилась, чем уменьшилась после деколонизации. Страны Африки бедны, у них очень мало юристов, способных глубоко изучить вопрос о том, какое законодательство подходит для той или иной страны. Поэтому и возникает не меньший, чем до независимости, риск, что они несознательно последуют за образцами, от которых они должны были бы удалиться.

То, что верно в отношении законов, верно и в отношении международных конвенций. Крайне желательно, чтобы страны Африки активно участвовали в международной жизни. Нельзя не признать, что при подготовке многих действующих конвенций интересы этих стран или не были представлены совсем, или были представлены плохо, и даже присутствие африканских делегаций на конференциях, где принимаются международные конвенции, является лишь формальной гарантией их интересов.

528. Необходимость координации работ. Каждая африканская страна может, конечно, получить хорошие законы, обратясь к экспертам,

достаточно сведущим, для того чтобы учесть специфические условия данной страны. Разумный эксперт не предложит при этом такого закона, который ласкал бы взоры теоретиков права в его стране. Однако весьма досадно, что такого рода работы ведутся без всякой координации, в результате чего многие лица в разных странах занимаются тем, что мог бы с пользой сделать один человек к выгоде всех.

Можно лишь глубоко сожалеть о том, что в эпоху, когда лишь достаточно обширные объединения дают достаточно шансов для развития, Африка раздроблена на 40 с лишним государств, тем более что эта балканизация Африки есть не что иное, как сохранение территориального деления, искусственно созданного колонизаторами. Она представляет большую опасность, если будет иметь следствием раздробление права, чего, в общем, не было в период колонизации. В момент, когда государства Европы стремятся вернуться к идее общего для них права, государствам Африки не следует, игнорируя урок истории, впадать в юридический провинциализм, противоречащий как интересам их развития, так и идее права.

Многие в Африке понимают это. Страны французского языка сотрудничают в области индустриальной собственности, морского права. По частной инициативе созданы сборники судебной практики по определенным вопросам, охватывающие решения судов разных англоязычных стран. Однако сделанного недостаточно. Желательно, чтобы отказу от бессмысленного дробления права в Африке способствовали Организация африканского единства, более узкие региональные организации, созданные на континенте, Комиссия ООН по праву международной торговли и другие подобные учреждения.

Завоевание независимости вызвало энтузиазм народов Африки. Однако самое основное -- всестороннее развитие теперь уже независимых стран -- еще предстоит осуществить. Деколонизация способствует развитию, но, взятая сама по себе, она недостаточна, а в некоторых отношениях даже затрудняет его. В строго юридическом плане деколонизация толкает новые государства к национализму, который не должен иметь места. Развитие права в странах Африки и на Мадагаскаре, столь необходимое для их прогресса, будет облегчено, если они останутся верны общей традиции стран романской правовой семьи и стран общего права и, отказавшись от национального пути развития своих правовых систем, будут сообща добиваться, реализуя принцип справедливости, расцвета своей цивилизации.

Английское право в некоторых отношениях даже ближе к римскому

праву: его эволюция в своих основных чертах воспроизвела развитие последнего, хотя и совершенно своеобразным образом. Об этом свидетельствуют первостепенное значение форм исков, казуистический характер правовой нормы, пренебрежение общими формулами и систематизацией

"Законы варваров" (большинство на латинском языке) опубликованы в серии "Monumenta Germaniae Historica".

Новые уставы, которые маркиз де Помбаль дал в 1772 году Университету в Коимбре, предписывали, что отныне преподавание должно вестись не на базе римского права, а основываться на сравнительном праве и принципах, признаваемых всеми цивилизованными народами.

Позднее мы отметим то же в мусульманских странах, где только нормы личного статуса оказались достаточно развитыми, чтобы сохранить свое значение до наших дней.

См.: Dawson J.P. *The Oracles of the Law*, p. 307, 324--348. Этот автор отмечает, что наиболее влиятельными юристами во Франции были не профессора права, а практики и среди редакторов Гражданского кодекса не было ни одного профессора.

Еще в 1827 году Цахарие писал, что должен "существовать во всей Европе союз, по крайней мере между толкователями гражданского права и теми, кто изучает его природу, который не смогут нарушить различия политического порядка". Известно, что работа Цахарие послужила образцом для Обри и Ро и их знаменитого курса французского гражданского права.

Судьбы континентального права были бы иными, если бы французский кодекс, принятый в Бельгии, Голландии, Люксембурге, в Рейнских провинциях и Бадене, в Польше и Италии, был принят также во всей Германии.

107 K02 78 (28 ноября 1923 года). После этого решения были приняты законы, имевшие целью переоценку кредитов и охватившие ряд определенных ситуаций, но в остальном отсылавших к суду, призванному действовать в соответствии с "общими принципами права". Таким образом, практика рейхсгерихта была постфактум легитимирована.

Эта традиция была использована при подготовке так называемого Народного гражданского кодекса, которым национал-социалистский режим намеревался заменить ГГУ. Была подготовлена первая часть этого кодекса, включившая "основные правила", но кодекс так и не вступил в силу.

Впрочем, видны изменения к лучшему. Служба сравнительных юридических исследований Французского национального центра научных

исследований выписывает с 1973 года "Собрание постановлений правительства СССР" и "Собрание постановлений правительства РСФСР", а также с 1973 года "Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств СССР", издаваемый ежемесячно Министерством юстиции СССР.

В списках народных заседателей, избранных в 1970 году,--более 600 000 лиц.

О воспитательной роли суда говорит ст. 3 Основ законодательства о судостроительстве 1958 года. См. также Основы гражданского судопроизводства 1961 года, ст. 2.

Следует уточнить, что это понятие не имеет ничего общего с известным в романских системах понятием "потребляемая вещь".

Пункты 263--265, так называемая "Оговорка о режиме наибольшего благоприятствования", не приводятся. Они исключены автором в последнем французском издании книги.

Некоторые из них сохраняют эти связи и ныне. Британское содружество насчитывает в настоящее время 36 государств-членов.

Французский был придворным языком до воцарения Тюдоров в конце XV века. Естественно, что этот же язык использовали королевские суды и по мере расширения их компетенции английский язык вытеснялся из судебной сферы. Хотя позднее начался обратный процесс и с XVI века в судах преобладал английский язык, тем не менее лишь в 1731 году (после неудачных попыток, предпринимавшихся в 1362 и в 1650 годах при Кромвеле) он был объявлен официальным, а французский и латынь это качество потеряли.

Фискальный иммунитет не получил в Англии такого распространения, как во Франции; королевский централизованный налог не был отменен в Англии в XI и XII веках.

Собственник, разумеется, всегда хозяин у себя, но может возникнуть вопрос, кто является собственником. Для решения этого вопроса вполне естественно обращение к королевской юрисдикции.

Это объясняет, почему суд присяжных появился именно в Англии и то значение, которое этот институт сохранил в судебной системе страны.

'Эффективность исполнения решения суда лорд-канцлера обеспечивалась арестом нарушителя или наложением секвестра на его имущество. Суды общего права заявили, что они будут считать действовавшим в условиях законной обороны того, кто воспротивится этим мерам, даже если он убьет чиновника, на которого канцлер возложил исполнение.

Чтобы избежать двусмысленного толкования, в Англии ныне избегают

употреблять понятие "equity" в смысле справедливости в ее понимании, распространенном на континенте. В этом последнем случае используют понятия "justice", "fairness", "good conscience".

Однако следует оговорить, что имущество, образующее доверительную собственность, не может пойти в покрытие личных долгов трасти.

Категория доверительной собственности развивалась, но осталась категорией, совершенно отличной от договора, хотя в основе ее в большинстве случаев лежит соглашение, которое мы склонны считать договорным.

Тепиг -- вид реального права, имеющего своим объектом недвижимость.

Блэкстон в своих четырехтомных "Комментариях английского права" (1765--1769 годы) посвящает договорному праву всего 26 страниц, а первая английская книга о договорном праве -- впрочем, весьма посредственная -- была опубликована в 1847 году.

В последнее время строгость доказательственного права несколько ослаблена. В 1968 году лорд-канцлер в палате лордов говорил даже о своей уверенности в том, что в ближайшие двадцать лет от существующей регламентации порядка представления доказательств останется весьма немного.

"Justice before Truth" -- вот руководящий принцип английского права: соблюдение норм, регулирующих отправление правосудия, обязательно даже в тех исключительных случаях, когда это идет в ущерб истине.

Термин "jurisprudence" ("судебная практика") употребляется в данном случае в его французском значении, то есть речь идет о судебных решениях. Английский термин "jurisprudence" имеет иное значение: он означает то, что во Франции называют общей теорией и философией права. Французский же термин "jurisprudence" переводится на английский язык как "the decisions of the Courts" ("судебные решения").

После 1969 года в отдельных случаях стало возможным прямое обжалование в палату лордов решений Высокого суда.

В Лондоне и некоторых других крупных городах мировой судья заменен постоянно действующим, оплачиваемым магистратом.

Насчитывается около 4000 барристеров, и из них около тысячи в провинции. Барристеры обладают монопольным правом выступать в Высоких судах. Солиситоры, их число составляет примерно 28000, выполняют роль юридических советников, подготовляющих для барристера досье по делу. Сами же они могут выступать лишь в

нижестоящих судах. Некоторые из них выполняют особые обязанности и именуются "публичными нотариусами", но это совсем не то же самое, что французские нотариусы.

Оговорка Генриха VIII состоит в указании, что правила, которые администрация установит в пределах предоставленных ей определенным законом полномочий, рассматриваются как часть этого закона.

Эта позиция близка к концепции, принятой в социалистических странах, согласно которой под правом понимают лишь те нормы, соблюдение которых обеспечено государственным принуждением.

Таковы решения, вынесенные в других странах общего права или же Судебным комитетом Тайного совета.

Этот дуализм выдвигает проблему и в плане международных отношений. Заключаемые американскими дипломатами соглашения, направленные на то, чтобы избежать двойного обложения налогами, действительны только в отношении федеральных налогов; США связаны этими соглашениями только в отношении налогов, устанавливаемых федеральными властями.

В этих случаях говорят о "превалировании федерального закона". В качестве примера можно указать на признание неконституционным закона о подрывной деятельности против правительства США, принятого в штате Пенсильвания в связи с делом Нельсона (один из антикоммунистических одиозных процессов, проводившихся в США в пятидесятых годах на основании так называемого закона Смита.-- Прим. перев.). Верховный суд США указал, что федеральный закон Смита содержит положения, которые не требуют и не допускают каких-либо дополнений законодательством штатов. Вместе с тем закон Пенсильвании был признан сохраняющим силу в той степени, в какой речь идет о подрывной деятельности против правительства штата Пенсильвания.

Компания железных дорог в штате Кентукки предоставила другой компании -- компании такси и транспорта того же штата -- привилегию пользоваться принадлежащими ей земельными участками и предлагать свои услуги ее клиентам. Такая привилегия противоречит публичному порядку штата Кентукки. Чтобы обойти действие этой оговорки, общество самоликвидировалось и вновь было создано в Теннесси, изменив таким образом свое "гражданство". Федеральные суды получили право рассматривать споры между обществом и его конкурентами и пришли к выводу, что договор о предоставлении исключительного права, противоречащий публичному порядку штата Кентукки, не считается таковым по общему праву всей страны.

Верховный суд не мог рассматривать дело сам, так как имелись споры о том, какова же норма общего права Пенсильвании.

Издание Restatement of the Law (см. п. 148 настоящего раздела) свидетельствует, что в 95--98% случаев существует совпадение между системами общего права различных штатов по решению рассматриваемых дел

Верховный суд Канады в отличие от американского правомочен толковать не только федеральные, но и провинциальные законы, если цена иска превышает 10 000 долларов. В нем также 9 судей, причем три -- из юристов Квебека.

Публичный нотариус в Америке -- это не юрист и ничего общего не имеет с нотариусом во Франции и еще меньше-- с публичным нотариусом в Англии. Публичный нотариус в США -- лицо, получившее право удостоверить подписи тех, кому это необходимо по той или иной причине. Должность публичного нотариуса не требует никаких особых способностей, ее доверяют совершенно разным категориям граждан.

В знаменитом деле Дреда Скотта, которое лежит у истоков Гражданской войны, Верховный суд установил (1856 год), что конгресс не вправе запрещать штатам признавать рабство. По делу Лохнер против штата Нью-Йорк в 1905 году суд признал неконституционным закон штата, ограничивший еженедельную продолжительность рабочего времени булочников 60 часами, а в 1910 году (дело Хаммер против Даген-харта) объявил неконституционным закон Конгресса, запрещавший детям от 14 до 16 лет работать по ночам и свыше 40 часов в неделю.

См. решение по делу: Национальное бюро трудовых отношений против "Стальной К° Джонс и Лауглин", 301 US 1 (1937) (признание конституционным Акта о национальных трудовых отношениях, устанавливающего комплекс положений по вопросам трудового права для всех предприятий промышленности, связанных с торговлей).

Шиит--арабское слово, означающее ересь.

Для мусульманского юриста речь может идти только о толковании, а не о создании права.

Даже в церковных государствах до их исчезновения в 1870 году всегда существовало гражданское право, независимое от канонического права; такое же положение сложилось в наше время в Ватикане.

В некоторых арабских странах суды кади формально существуют. Но они стали судами государственными, рассматривающими и споры по личному статусу, в которых обе стороны или одна из сторон -- немусульмане. Такая перестройка стала возможной потому, что в этих

странах и немусульмане при решении вопросов наследования руководствуются мусульманским правом.

В Кувейте в 1963 году принят Торговый кодекс, содержащий главу о договорах. Тем самым здесь отказались от Гражданского кодекса, планировавшегося ранее.

При рецепции швейцарского Гражданского кодекса в него были внесены важные изменения (например, расширены основания развода). Кроме того, Турция сохранила свой Торговый кодекс и, следовательно, не была принята третья часть федерального Обязательственного кодекса, касающаяся ценных бумаг и торговых обществ.

Население Индии в 1977 году составляло 623 миллиона человек, из которых огромное большинство (примерно 85%) входит в индусскую общину. У индуизма немало приверженцев в Пакистане, Бангладеш, Малайзии, Южном Йемене и Восточной Африке. Он составляет основу правовой системы Непала.

Мир подчиняется регрессивной эволюции, включающей четыре периода. Мы живем в последнем периоде, и, следовательно, в самом тяжелом и варварском из всех четырех.

Дамдупат и соглашения бенами -- это то, что осталось от индусских понятий в англоязычном ныне договорном праве. Первое относится к залоговому праву, второе близко понятиям фидуции и траста.

Кодификация индусского договорного и наследственного права по образцу "бесценных пандектов Юстиниана" была предложена Вильямом Джоном лорду Корнуэлу в 1788 году. Эти дигесты, законченные в 1797 году пандитом Яганнатха, были переведены на английский язык Колбруком. Идея кодификации индусского права снова была выдвинута 1-й Законодательной комиссией, созданной в 1833 году.

И. Нельсон говорил в 1881 году о "чудовище, называемом индусским правом". Мэн показывает, что англичане действовали так, как будто хотели применять в Англии право посредством лиц, имеющих в своем распоряжении только Глэнвилла, Флета, Брэктона и Кока.

"Я считаю страшным абсурдом,-- говорит один из членов этого суда,- применять в отношении Мараван доктрину индусского права... Однако сегодня слишком поздно уже действовать в соответствии с моим пониманием этой абсурдности. Но я хотел бы, чтобы было известно о том, что я все это понимаю". Надо отметить тем не менее, что закон о мадрасском гражданском суде 1873 года говорит обо "всех обычаях, имеющих силу закона и применяющихся в отношении лиц и имущества". Однако Высший суд Мадраса учитывал эту норму только при рассмотрении

дел, возникших на востоке провинции.

Такой осведомленный автор, как Мэн, например, признался, что он грешен в чрезмерной систематизации при описании владения в индусском праве; влияние этой работы на суды также повлекло за собой деформацию индусского права.

Подобным образом в Риме *jus civile* распространялось только на римских граждан и пришлось создавать другую систему -- *jus gentium* -- для отношений, в которых участвовали и неримские граждане,

Исключение составлял только штат Бомбей.

Так, отказались от применения английского права в отношении соблюдения воскресных дней, от уголовных санкций, предусматривавшихся английским правом в случае самоубийства, от норм, запрещавших иностранцам иметь недвижимость, и от многих технических норм английского права. Сеталвад говорит в этой связи о "выборочном применении" английского права.

Целесообразно разделять в связи с изучаемым вопросом провинции, непосредственно управлявшиеся англичанами, и индийские княжества. До установления независимости княжества занимали одну треть всей территории страны, в них проживала четвертая часть всего населения Индии.

Различие между королевскими судами и судами компании было ликвидировано ранее, но регламенты, определяющие порядок отправления правосудия, были воспроизведены в новом законе.

Регламент VII 1852 года в Бенгалии оговаривает, что формулу "справедливость и совесть" не следует толковать как обосновывающую применение английского или какого-либо иного иностранного права. Важно, чтобы судьи сами решали в каждом случае, соответствует ли избранная ими норма требованиям справедливости в понимании индийского общества.

Комиссия вполне справедливо отметила в 1882 году, что в том, что касается мусульманского права, предложенный кодекс не может дать положительных результатов, учитывая саму природу этого права. Законодатель не должен был, по мнению комиссии, компрометировать себя таким проектом.

Еще ранее сочли необходимым двумя актами 1790 и 1827 годов глубоко реформировать уголовное право как отсталое и оставлявшее большой простор для произвола.

В частности, вторая комиссия заседала в Лондоне в 1853--1855 годах.

Закон о Верховном суде 1861 года ликвидировал и местные суды, и

верховные суды, существовавшие в президентиях. Эти суды были заменены в ряде провинций высшими судами, а в некоторых провинциях аналогичные функции были временно переданы судебным комиссариатам, впредь до создания высших судов.

Даже в вопросах уголовного права суд присяжных был обязателен только в президентиях. Кодекс предоставляет каждой провинции право применять или не применять этот институт в той мере, в какой она сочтет это необходимым. Практика здесь весьма разнообразна. Юридическая комиссия, созданная в 1955 году, рекомендовала ликвидировать присяжных как "английский институт, не получивший развития и не укоренившийся в Индии".

Это именно так, хотя традиционно в Индии судьи рекрутируются двумя способами: из адвокатуры, как в Англии, или из числа чиновников.

Любопытно отметить, однако, что не только английские авторы, но и Судебный комитет неоднократно предостерегали суды Индии против их тенденции слишком слепо следовать английским прецедентам, не пригодным для Индии.

"В Индии право справедливости действует в рамках, а не в противовес общему праву".

Речь идет о существующем в силу закона праве требовать от доверительного собственника выполнения своих обязанностей. Индийский закон о доверительной собственности не регулирует отношений, связанных с семейной собственностью; это специально оговорено в законе.

Деление Индии на штаты, установленное Конституцией 1950 года, неоднократно модифицировалось. Сегодня в государстве 22 штата и некоторое число территорий.

В Индии говорят на 179 языках и 544 диалектах.

Это должно было произойти, согласно Конституции, в середине 60-х годов, с оговоркой, что в области права это произойдет позднее, к дате, которую установит парламент. Специальная комиссия занимается модернизацией хинди в целях перевода понятий общего права.

Закон о земельной реформе штата Бихар предусматривал, что возмещение за изъятую землю варьируется в зависимости от его состояния. И в других штатах были проведены радикальные реформы, ограничивавшие допускаемые размеры частной собственности 8 и даже 5 гектарами обрабатываемой земли.

Над низшими судами находятся суды дистриктов по гражданским делам и сессионные суды -- по уголовным. Следующая инстанция -- высокие суды, причем некоторые из них охватывают несколько штатов и

территорий.

В 1947 году отменена возможность обращения в Судебный комитет Тайного совета.

Кроме Малайзии и Бирмы, находившихся под английским господством. Обычное право этих стран, испытавшее влияние ислама и индусского права, было во многих отношениях точно скопировано по моделям общего права.

По традиции спорные вопросы решаются на основе чувства гуманности, затем -- ритов, затем -- разума и лишь после всего этого может последовать обращение к праву.

Согласно легенде, право (фа) изобрел варварский народ, называвшийся миао в XXIII веке до нашей эры; бог затем истребил этот народ.

В VII веке император Кан Ши открыто заявлял: "Число тяжб беспримерно возрастет, если люди не будут бояться обращаться в суды, надеясь легко найти там справедливость... Половины наших подданных не хватит, чтобы решать споры другой половины. Поэтому я требую, чтобы с теми, кто обращается в суд, обходились безжалостно, так чтобы они почувствовали отвращение к праву и тряслись от страха от одной мысли предстать перед судьей".

Первые кодексы утеряны. Из сохранившихся самый старый датирован VII веком нашей эры (династия Тан). Кодекс разделен на две части: первая--уголовное право (лю), вторая--административные правила (лин). После падения империи действовал кодекс, именуемый Татзин Люли, опубликованный в 1648 году. Его первая часть содержала 457 норм (лю), которые около 1800 года были исправлены и дополнены еще 1800 нормами, содержащими правила применения (ли). Все нормы были разбиты на шесть разделов в зависимости от того, какой из шести органов высшего управления они интересовали.

Эти кодексы продолжают действовать на Тайване.

Конституция 1954 года содержит широкую декларацию прав, а ее ст. 78 гарантирует независимость судей.

Япония не знала эгалитарных установок, свойственных старокитайскому обществу.

Португальцы познакомили Европу с японцами в 1542 году. Распространение христианства стало угрозой для общественного строя Японии.

Число отказов от исков в 1959 году составило 40% общего числа дел. Отказа от иска удавалось добиться даже Верховному суду.

Процедура шотей установилась в период с 1920 по 1930 год в связи с

Законами об отношениях собственников с арендаторами и нанимателями. В настоящее время она урегулирована Законом о примирении по гражданским делам 1951 года.

Французская Экваториальная Африка и Бельгийское Конго были населены примерно 1500 народностями. Только в Судане их насчитывалось 579, в английской Западной Африке -- 200, на Мадагаскаре -- 19. В Сенегале в 1961 году было официально признано 68 обычаев, из них 20 исламских и 7 христианских.

Мальгашское слово фомба -- обычай предков -- означает этимологически защитную оболочку мироздания. Любое нарушение фомба -- грех и опасность для универсума, лица и его группы.

Глукмэн отмечает отсутствие формализма в африканском процессе, в частности норм, определяющих поведение судей.

Законодательство Бельгийского Конго различало гражданский статус, приобретаемый путем внесения в специальный список, и промежуточный статус, предоставляемый обладателям особого "удостоверения гражданских заслуг".

На Востоке Африки Уголовный кодекс Индии был заменен в 1930 году новым кодексом. Танганьика восприняла в 1902 году английский Закон о собственности и т. д.

Можно вместе с М. Глукмэном и А. Шиллером оплакивать отказ от обычного права и подчеркивать неудобства, порождаемые невосприятием африканской средой современного права, но будет ли возможно и предпочтительно сделать из Африки то, что авторы называют "антропологическим зоопарком"?

Суды обычного права сохранились лишь в Либерии и Того. Однако имеются автономные суды шариата.

Председатель Верховного суда Сенегала Кеба М'Байе приводит следующую формулу одного из африканских деятелей: "Право какой бы трибы мы ни избрали, 3/4 населения вынуждены будут руководствоваться нормами, которые им столь же чужды, как французский или итальянский закон. Почему же мы должны лишать себя преимуществ современного законодательства, тем более что в этом случае ни одна триба, ни один клан не могут хвастаться тем, что предпочтение отдано его праву?"