**ОГЛАВЛЕНИЕ**

ВВЕДЕНИЕ

Глава 1. ПОНЯТИЕ И КЛАССИФИКАЦИЯ СОВРЕМЕННЫХ ПРАВОВЫХ СИСТЕМ

ГЛАВА 2. ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РОМАНО-ГЕРМАНСКОЙ ПРАВОВОЙ СЕМЬИ

2.1 Французская и германская правовые группы

2.2 Особенности правовой системы Российской Федерации и романо-германская правовая семья

Глава 3. ОСНОВНЫЕ ЧЕРТЫ И ОСОБЕННОСТИ АНГЛОСАКСОНСКОЙ ПРАВОВОЙ СЕМЬИ

Глава 4. МУСУЛЬМАНСКОЕ ПРАВО КАК РАЗНОВИДНОСТЬ РЕЛИГИОЗНОГО ПРАВА

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

ЛИТЕРАТУРА

**ВВЕДЕНИЕ**

Правовая система — понятие более широкое и объемное, чем просто понятие «право». В современном мире существует множество правовых систем.

Главной целью этой работы является изучение особенностей правовых систем современности, закономерности их становления и развития. В настоящее время эта тема очень актуальна, так как позволяет улучшить правовые системы, обогатить каждую из них. Правовые системы отражают социально-экономическое, политическое развитие и уровень культуры народа, поэтому их изучение позволяет восстановить понятие об общественных отношениях, понять механизм общества исходя из прав и обязанностей.

Актуальность этой темы, еще заключается в том, что мы можем со стороны рассмотреть и оценить право, которое существует сейчас в России, используя при этом опыт иностранных государств.

В настоящее время в мире существует множество правовых систем, каждая из которых имеет свои отличительные черты и особенности. С целью выделения и сравнения общих и отличительных черт этих систем относительно недавно появилось особое направление юридической науки – сравнительное правоведение.

В качестве основного метода этой науки используется сопоставление одноименных государственных и правовых институтов, систем права, их основных принципов и так далее. Сравнительное правоведение имеет и конкретные практические задачи ⎯ унификация законодательства различных государств, в тех отраслях, где это очевидно необходимо, а так же выработка конкретных предложения по совершенствованию собственной, национальной правовой системы на основе изучения опыта других стран.

Коренная перестройка всей правовой системы бывшего СССР и обращение в этой связи к зарубежному опыту вызывают повышенный интерес к этой науке в России.

Таким образом, при раскрытии темы работы мы ставим перед собой следующую цель: исследование сущности и особенностей правовых систем различных государств мира. С указанной целью связаны следующие задачи: изучение юридической литературы по проблемам правовой карты мира; анализ особенностей Англо-саксонской и континентальной правовой семьи; характеристика источников мусульманского права, формулировка выводов.

**Глава 1. ПОНЯТИЕ И КЛАССИФИКАЦИЯ СОВРЕМЕННЫХ ПРАВОВЫХ СИСТЕМ**

Разрешением многочисленных и разнообразных проблем, связанных с классификацией национальных правовых систем, в западной юридической литературе многие авторы занимаются традиционно, с момента появления в XIX в. в различных университетах Европы первых кафедр, курсов сравнительного правоведения.

В России этой проблематикой стали занимать сравнительно недавно, лишь в 60—80-е годы XX в.

В настоящее время, к началу XXI в., интерес к сравнительному правоведению вообще и к вопросам классификации национальных правовых систем в частности в нашей стране в силу объективных причин (необходимости самоидентификации правовой системы России, унификации торгового, финансового и иного законодательства и т. п.) и субъективных факторов (стремление ученых разных стран к сотрудничеству, расширению научного кругозора за счет познания правовых систем других стран, избежанию национальной ограниченности и «отечественного провинциализма» и т.п.) значительно возрос. Об этом свидетельствуют многочисленные статьи, монографии, учебники и учебные пособия по сравнительному правоведению, а также переводы ряда опубликованных на Западе книг[[1]](#footnote-1).

Прежде чем говорить о классификации национальных правовых систем и ее теоретической и практической значимости, необходимо четко уяснить, какой смысл вкладывается в термин «классификация».

Согласно сложившемуся в отечественной научной литературе представлению «классификация» (от лат. classic — разряд и facere — делать) рассматривается как «система распределения каких-либо однородных предметов или понятий по классам, отделам и т. п. на основе определенных общих признаков»[[2]](#footnote-2). С логико-философских позиций она определяется как «особый случай применения логической операции деления объема понятия, представляющий собой некоторую совокупность делений (деление некоторого класса на виды, деление этих видов и т. д.)».

При этом особое внимание обращается на то, что классификация всегда проводится лишь в определенных целях. Она фиксирует «закономерные связи между классами объектов»; способствует определению места и роли объекта в общей системе объектов; помогает установить наиболее важные, общие для всех объектов качества и свойства.

Она подытоживает «результаты предшествующего развития» накопившихся знаний о классифицируемых объектах и их общей системе; более глубокому познанию объектов и их системы; позволяет делать обоснованные прогнозы относительно путей дальнейшего развития и совершенствования как отдельно рассматриваемых объектов, так и всей их совокупности в целом[[3]](#footnote-3).

В зависимости от характера и «степени существенности оснований деления (подразделения)» объектов на виды (подвиды) или классы различают естественную и искусственную классификацию. В основе естественной классификации лежат наиболее важные для классифицируемых объектов признаки. Соответственно в основу искусственной классификации положены вспомогательные признаки.

Аналогичные представления о «классификации» существуют и в зарубежной литературе. С той, однако, разницей, что значительное внимание в процессе классификации уделяется не только общности классифицируемых объектов, но и их особенностям.

Правовая картина мира, как известно, складывается из множества существующих и функционирующих на современном этапе развития общества национальных правовых систем. Все они в той или иной мере взаимосвязаны, взаимозависимы, оказывают воздействие друг на друга.

Разная степень их взаимосвязи и взаимодействия обусловлена тем, что одни национальные правовые системы имеют больше общих признаков, чем остальные. Другие же, наоборот, отличаются доминирующим характером специфических черт и особенностей по отношению друг к другу; имеют между собой гораздо меньше общего, чем особенного.

Среди сотен существующих в современном мире правовых систем многие из них обладают доминирующими сходными чертами. Эти сходства, как правило, обусловливаются одними и теми же или «очень близкими между собой типами общества», общими или «очень сходными историческими условиями развития общества», общей или «очень сходной религией», а также другими аналогичными им обстоятельствами.

Наличие общих признаков и черт у разных правовых систем позволяет классифицировать их между собой или подразделять их в зависимости от тех или иных общих признаков и черт-критериев на отдельные группы, или правовые семьи. В научной и учебной юридической литературе правовые семьи понимаются в общем плане, как правило, в качестве совокупности национальных правовых систем, выделенных на основе общности их различных признаков и черт. Разумеется, это не исключает других представлений о правовых семьях и группах правовых систем.

Необходимость классификации правовых систем вызывается следующими причинами. Во-первых, сугубо научными, познавательными и «образовательными», ибо глубокое и разностороннее познание правовой картины мира требует не только ее общего (и с неизбежностью в значительной мере поверхностного) рассмотрения, но и изучения ее по отдельным частям, вбирающим в себя сходные правовые системы. Только глубокое и всестороннее изучение последних, взятых сначала сами по себе, а затем — в их взаимосвязи и взаимодействии друг с другом, позволяет дать четкую, адекватно отражающую реальную действительность, правовую картину мира.

А во-вторых, это обусловливается сугубо практическими целями унификации действующего законодательства и совершенствования национальных правовых систем. П. Круз вполне оправданно указывает на то, что одной из важнейших причин (если не самой главной) такой классификации явилось стремление юристов — теоретиков и практиков «обеспечить если не полную, то, по крайней мере, хотя бы частичную, но основную, наиболее существенную часть процесса унификации всех цивилизованных правовых систем».

Данное мнение разделяется и другими авторами. Ибо вполне очевидно, что любая — полная или частичная унификация будет проводиться тем успешнее, чем теснее она будет связана с классификацией.

Помимо формирования необходимых предпосылок для унификации права классификация правовых систем имеет важное практическое значение и в других отношениях.

Выступая как одно из проявлений функций сравнительного правоведения, она позволяет на фоне всей совокупности правовых систем глубже и разностороннее исследовать отдельные правовые системы, увидеть их достоинства и недостатки, выработать практические рекомендации и предположения по их частичному совершенствованию или же полному реформированию, способствует своеобразному «обмену опытом» между различными правовыми системами в плане их наиболее оптимального построения и функционирования, создает предпосылки для заимствования наиболее оправдавших себя норм, принципов и институтов одних правовых систем другими.

Вопрос о выборе критериев классификации национальных правовых систем важен теоретически и практически.

Каков должен быть характер этих общих признаков-критериев? Каковы их особенности и виды?

Наконец, каково должно быть их содержание? Должны ли они быть временными или же постоянными, присущими сравниваемым системам на всех этапах развития?

Обсуждение подобных вопросов занимает довольно значительное место в научной и учебной сравнительно-правовой литературе. В силу их сложности и многогранности у авторов нет и, по-видимому, не может быть однозначных ответов на них. По одному и тому же вопросу порой высказываются самые различные, нередко противоположные точки зрения.

Например, по вопросу о том, должен ли быть в процессе классификации правовых систем один основной, или нужно несколько общих признаков-критериев, некоторые авторы склоняются к мнению, что это непременно должен быть «один-единственный критерий». В качестве такового, по их мнению, может выступать, в частности, «общность экономических систем», на базе которых возникают и развиваются соответствующие им и обусловленные ими правовые системы. Роль «одного-единственного критерия» могут сыграть, с их точки зрения, также общие «исторические традиции», «общая историческая природа» сравниваемых правовых систем.

Другие же авторы считают, что классификация правовых систем должна проводиться на основе нескольких критериев. В противном случае она теряет всякий смысл. Настаивая на данном мнении, некоторые ученые, однако, не исключают и того, что «в общем конгломерате факторов-критериев» один из них будет иметь все-таки «особый, определяющий смысл»[[4]](#footnote-4).

Аналогичная картина складывается и при решении других вопросов, касающихся критериев классификации правовых систем, например вопроса о том, каков должен быть характер критериев (критерия) классификации. Должны ли они (он) быть простыми, однозначными, не допускающими многозначности толкования и двусмысленности в понимании, или же это могут быть сложные, общие критерии?

В числе иных факторов, оказывающих прямое воздействие на формирование общих черт правовых систем, а вместе с тем и на выбор критериев их классификации, М. Богдан называет политические, идеологические, религиозные, исторические, географические и демографические факторы.

П. Круз указывает применительно к Европе и на военно-политические факторы. «Конфигурация всего правового мира Европы, как и отдельных правовых систем, — пишет он,— в конце XX в. в значительной мере зависит от числа факторов, но не в последнюю очередь от таких, зачастую не поддающихся учету обстоятельств, как развитие новой военно-политической ситуации на европейском континенте». Они складываются по-разному, в зависимости от того, будет ли новый военный альянс, возникающий на базе расширения НАТО, существовать при доминирующей роли США как одного из партнеров западноевропейских стран, или же он будет функционировать на основе баланса таких государств, как вновь объединенная Германия, с одной стороны, и Россия и Франция — с другой.

Суммируя все ранее высказанные мнения о факторах, оказывающих влияние на формирование общих черт различных правовых систем, а также о требованиях, предъявляемых к критериям их классификации, в отношении последних можно сделать следующий вывод. Для того чтобы критерии классификации правовых систем оказались состоятельными, в максимальной степени пригодными для выполнения соответствующих функций, они должны отвечать, по нашему мнению, следующим требованиям: а) в основе своей иметь постоянные, фундаментальные, а не временные и случайные факторы; б) по возможности быть более определенными признаками-критериями; в) иметь устоявшийся объективный характер; г) в случаях, когда за основу классификации правовых систем берется не один, а несколько признаков-критериев, то один из них непременно должен быть основным, доминирующим; д) при исследовании общих черт правовых систем-критериев при их классификации должны учитываться не только объективные, но и субъективные факторы, оказывающие прямое воздействие на процесс их формирования.

В отечественной и зарубежной сравнительно-правовой литературе данные требования, однако, далеко не всегда учитываются. В результате при определении конкретных видов критериев нет общности мнений.

Процесс сближения системы общего права с системой континентального права обусловливается и стимулируется также тем, что между странами, в пределах которых возникали и развивались данные правовые семьи, по мере эволюции общества устанавливались и усугублялись разносторонние связи, приведшие, в частности, к созданию в Западной Европе Европейского сообщества и к значительной унификации расположенных на ее территории национальных правовых систем.

Что же касается так называемой рецепции американского права в Западной Европе, подтверждающей тезис об относительном характере деления национальных правовых систем на правовые семьи и об относительном характере самих правовых семей, то речь в данном случае идет, по свидетельству западноевропейских авторов, об элементарной американизации некоторых отраслей и институтов европейского права, о методологическом переносе элементов американского права как одной из важнейших составных частей общего права на почву романо-германского, континентального права.

Не пытаясь охватить все правовые семьи и уникальные правовые системы, существующие в современном мире, остановимся на рассмотрении лишь некоторых, наиболее распространенных и наиболее значимых из них.

**ГЛАВА 2. ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РОМАНО-ГЕРМАНСКОЙ ПРАВОВОЙ СЕМЬИ**

К романо-германской правовой семье относятся правовые системы, возникшие в континентальной Европе на основе римских, канонических и местных правовых традиций.

Понятие романо-германской правовой семьи. Романо-германская правовая семья – это правовые системы, созданные с использованием римского правового наследия и объединенные общностью структуры, источников права и сходством понятийно-юридического аппарата.

Романо-германская правовая семья имеет весьма длинную юридическую историю. Она сложилась на основе изучения римского права в итальянских, французских и германских университетах, создавших в XII-XVI вв. на базе Свода законов Юстиниана общую для многих европейских стран юридическую науку. Произошел процесс, получивший название «рецепция римского права». Вначале эта рецепция носила доктринальные формы: римское право непосредственно не применялось, изучались его понятийный фонд, весьма развитая структура, внутренняя логика, юридическая техника. Действительно, римское право – непреходящая ценность правовой культуры человечества.

Термин «романо-германская» выбран для того, чтобы отдать должное совместным усилиям, прилагавшимся одновременно университетами латинских и германских стран. Название «континентальное право», а тем более «гражданское право» (Civil Law), используемое в англоязычной литературе, вызывает большую критику.

Формирование романо-германской правовой семьи. В. Давид подчеркивает, что романо-германская правовая семья в своем историческом развитии не была продуктом деятельности государственной власти (в этом ее отличие от формирования английского общего права), а была исключительно продуктом культуры, независимым от политики. Если это в какой-то мере верно по отношению к первой, доктринальной стадии рецепции, то о следующей стадии этого сказать нельзя.

Формирование романо-германской правовой семьи было подчинено общей закономерной связи права с экономикой и политикой и не может быть понято вне учета сложного процесса развития товарно-денежных отношений в недрах средневекового общества, прежде всего отношении собственности, обмена, первоначального накопления, перехода от внеэкономического к экономическому принуждению и т.п.

Когда в средневековой Европе господствовало натуральное хозяйство, а производство для рынка, торговля не имели широкого распространения, не было нужды и в римском праве. Но как только промышленность и торговля – сперва в Италии, а позже и в других странах – развили дальше частную собственность, тотчас же было восстановлено и вновь получило силу авторитета тщательно разработанное римское частное право[[5]](#footnote-5).

Буржуазные революции изменили социальную природу права, отменили средневековые правовые институты, превратили закон в основной источник романо-германского права. Закон рассматривался в качестве наиболее подходящего инструмента для создания единой национальной правовой системы, для обеспечения законности в противовес феодальному деспотизму и произволу. Право – альтернатива грубой силе, а правоприменение – война всех против всех. Правовая культура во все времена и у всех народов помогала мирно решать возникающие конфликты.

Те же обстоятельства, которые определили важную роль закона как основного источника романо-германского права, обусловили возможность и необходимость кодификации права. Путем кодификации право приводится в систему, оказывается как бы пронизанным определенными принципами. Кодификация придает праву определенность и ясность, значительно облегчает его практическое использование и является логическим завершением сложившегося в континентальной Европе понимания правовой нормы и права в целом. Кодификация завершает формирование романо-германской правовой семьи как целостного явления.

Особенно значительной была при этом роль французской кодификации. Гражданский кодекс (Code Civil), известный как Кодекс Наполеона 1804г., оказал значительное влияние на процесс утверждения принципов романо-германского права во многих государствах Европейского континента и за его пределами.

Рецепция римского права в Германии нашла широкое отражение в таком крупном законодательном памятнике, как Германское гражданское уложение (Biirgerliches Gesetzbuch) 1900 г. Его фундамент составило то немецкое право, которое уже ассимилировало достижения римского права. Влияние римского права сказалось на, структуре Германского гражданского уложения.

Таким образом, романо-германская правовая семья первоначально сложилась в континентальной Западной Европе. Особенно большой вклад в создание этой системы, о чем свидетельствует ее название, внесли юридическая мысль и законодательство Франции и Германии[[6]](#footnote-6).

Наиболее законченное оформление романо-германская правовая семья получила в Кодексе Наполеона и Германском гражданском уложении. Но основы романо-германского права формировались профессорами права Болонского и других итальянских университетов, кодификаторами Испании и Португалии, трудами голландских ученых Б. Спинозы, Г. Гроция, итальянца Ч. Беккариа и многими другими.

С деятельностью университетов связана важная роль как ученых-юристов, так и теории, доктрины в развитии права европейских государств. Профессора университетов передавали судьям отчасти осовремененное римское право, они не считались с наиболее компетентными его толкователями.

Ими были восприняты конечные результаты развития римского права – его идейно-теоретические, юридико-технические достижения, разработка структуры и целого, а также ряда институтов гражданского права.

Распространение романо-германской правовой семьи. В настоящее время романо-германская правовая семья охватывает право стран континентальной Западной Европы, подавляющего большинства государств Центральной и Южной Америки (бывших колоний Испании, Португалии и Франции), право Японии, Южной Кореи, Индонезии, Таиланда и некоторых других азиатских стран.

Правовые системы многих африканских государств, а также стран Ближнего и Среднего Востока тяготеют к романо-германскому праву. В Афро-Азиатском регионе романо-германское право вступает в сложное взаимодействие с мусульманским и обычным правом.

Особое положение занимают правовые системы Скандинавских стран. Большинство исследователей, исходя из существующей в этих государствах системы источников права, относят право Скандинавских стран к романо-германской правовой семье. Некоторые юристы считают скандинавское право специфической общностью, обособленной и от романо-германского, и от общего права.

Итак, романо-германская правовая семья является более старой, более распространенной и более влиятельной в современном мире, чем правовая семья общего права, что признают английские и американские авторы.

**2.1 Французская и германская правовые группы**

Рассмотрим в сравнительном плане систему источников права двух стран – Франции и Германии. Напомним, что французское право, с одной стороны, и германское – с другой, послужили той моделью, на основании которой внутри романо-германской правовой семьи выделяют две правовые группы: романскую, куда входят также Бельгия, Люксембург, Голландия, Италия, Португалия, Испания, и германскую, включающую также Австрию, Швейцарию и некоторые другие страны.

Внутри романо-германской правовой семьи группа римского (романского) права, которая наиболее сильно отражена во французском праве, отличается от группы германского права.

Французское право. Франция прошла длительную правовую историю, и в основе ее современной системы источников права до сих пор лежат кодексы наполеоновской эпохи, о которых подробно говорилось выше. Общепризнано, что, несмотря на многочисленные поправки, кодексы эти устарели, а в современный этап своего правового развития (его начало можно датировать серединой XX в.) страна вступила с огромной массой правовых актов, лежавших за пределами традиционной кодификации.

Основным направлением упорядочения этого массива правовых актов Франции стала разработка кодексов по типу отраслевых сборников, включающих как законодательные, так и подзаконные акты. Некоторые из них охватывают комплекс мер, относящихся к двум или нескольким отраслям права, но регулирующих отношения в конкретной области промышленности, хозяйства или культуры.

Начиная с 50-х годов принято несколько десятков таких кодексов, которые по своей правовой природе являются актами консолидации действующего права. Французские юристы отмечают два момента, отличающих эти кодексы от наполеоновских кодификаций. Во-первых, эти кодексы не преследуют цели «переосмыслить» совокупность норм той или иной отрасли права, а направлены на логическую перегруппировку уже принятых законодательных актов и регламентов. Уже эта новая кодификационная форма ослабила принцип верховенства законов-кодексов в его традиционном понимании. Во-вторых, по престижу закона нанесла удар Конституция 1958 г., перевернувшая «классическое» распределение компетенции между законодательной и исполнительной властью. Конституция перечислила круг вопросов, входящих в компетенцию парламента, и тем самым ограничила сферу его законодательной деятельности. И наоборот, компетенция правительственной власти существенно расширилась, соответственно возросли удельный вес и значение ее актов в системе источников права.

В Основном законе государства не определена система регламентарных актов, однако на практике существуют следующие виды актов исполнительной власти, соответствующие внутренней иерархии публичной власти: ордонансы, декреты, решения, постановления, циркуляры, инструкции, уведомления. Важна роль ордонансов, на их примере особенно отчетливо прослеживается тенденция размывания различий между правовой силой закона и регламентарных актов.

Во французской правовой системе в качестве самостоятельного источника права признаются и общие принципы права. Роль общих принципов особенно важна тогда, когда в законодательной структуре имеются существенные пробелы.

Это наиболее наглядно прослеживается в области административного права. Административные суды и Государственный совет в силу некодифицированности административного законодательства наиболее часто ссылаются на общие принципы права[[7]](#footnote-7).

Во французской юридической литературе источники права делятся на две основные группы: первичные (основные) и вторичные (дополнительные). В первую группу входят государственные нормативные акты. К вторичным (дополнительным) источникам права относят в первую очередь судебную практику.

Судебная практика сыграла важную роль в развитии французского права, а современная законодательная практика еще шире открывает ей дорогу для правотворчества в виде индивидуальных и общих норм. Из простого толкователя закона и унификатора собственных решений – а именно такую роль отводит судебной практике теория разделения властей – судебная практика превратилась сегодня в источник французского права (хотя и дополнительный, по мнению французских авторов), «источник в рамках закона». Судья, хотя он и не обязан жестко следовать существующей практике и сохраняет в определенной степени свободу решения, все же находится под сильным влиянием авторитета предыдущих судебных решений.

Германское право. В Германии, как и во Франции, костяком, основой действующего права являются кодексы. Как и во Франции, они стары, неоднократно изменялись, в частности после Второй мировой войны, когда из них были исключены новеллы, внесенные во времена нацизма. Однако значительная часть изменений в праве Германии по сравнению с довоенным временем, в том числе с периодом Веймарской республики, внесена не через кодексы, а с помощью специальных законов, регламентирующих различные сферы жизни общества.

В отличие от Франции Основной закон ФРГ 1949г. не признает за исполнительной властью право на автономную регламентарную власть и запрещает практику декретов-законов. Правительственные и иные подзаконные акты в Германии Могут быть изданы только в рамках исполнения законов, хотя на практике встречались исключения из этого правила. Германия не знает консолидированных кодексов «нового типа», подобных тем, которые так распространены во Франции[[8]](#footnote-8).

Роль обычая в частном праве Германии примерно такова же, как и во Франции. Он имеет значение только в узкой среде, не охваченной кодификацией.

Что касается публичного права, то здесь его роль меньше, чем во Франции, что связано, во-первых, с более широкой конституционно-правовой регламентацией в сфере действия государственного права, а во-вторых, с тем, что государственные структуры Германии имеют не столь значительную историю, как во Франции, где соответственно более значима роль исторически сложившихся обыкновений в сфере конституционного права.

Как и во Франции, судебная практика приобретает в Германии характер источника права, когда какая-то правовая проблема однозначно подтверждена при решении ряда аналогичных дел и данное решение подтверждено авторитетом высшей судебной инстанции. Однако о более или менее полном совпадении ситуации в обеих странах можно говорить лишь применительно к общей судебной системе.

Что касается административного права, то, поскольку оно в Германии в законодательном порядке разработано значительно глубже, чем во Франции, соответственно и роль судебной практики в этой области далеко не столь значительна.

Особенно большие различия обнаруживаются в связи с той весомой ролью, которую играет в государственных структурах Германии Конституционный суд. Его решения – это источник права, стоящий наравне с законом. Его толкования законов обязательны для всех органов, в том числе и для суда. Если у обычного суда при рассмотрении дела возникает сомнение в конституционности подлежащей применению нормы, он приостанавливает дело, обращается с запросом в Конституционный суд, а затем решает дело в соответствии с заключением последнего.

Во Франции нет ничего подобного. Конституционный совет, существующий в этой стране, имеет более ограниченную компетенцию. Ему предоставлено право предварительного контроля за конституционностью еще не вступивших в силу законопроектов, и, следовательно, он не может оказать влияния на применение уже действующих законов и иных нормативных актов, как это происходит в Германии, а тем самым и на судебную практику.

Система источников права в Германии – и здесь еще одно отличие от французской системы – отражает федеральный характер государственного устройства страны. Каждая из земель в составе Германии имеет свое законодательство. Это усложняющий систему источников права фактор.

Федеральное право имеет приоритет над правом земель (ст. 31 Основного закона Германии 1949 г.). Однако, с одной стороны, земли участвуют через бундесрат в федеральном нормотворчестве, а с другой – законодательная компетенция федерации ограничена определенными рамками.

Так, по Основному закону, вопросы, не отнесенные к исключительной или совместно действующей законодательной компетенции федерации, остаются в компетенции земель (ст. 70-74 Конституции Германии). В целом, однако, действует правило, согласно которому в случае расхождения федерального закона и закона земли превалирует первый.

Согласно ст. 25 Конституции Германии 1949 г., «общие нормы международного права являются составной частью права федерации. Они имеют преимущество перед законом и непосредственно порождают права и обязанности для жителей федеральной территории». Влияние международного права отражено в праве Германии значительно более четко, чем во Франции, где оно также признается, но выражено Конституцией в значительно более умеренной форме, ибо Конституция говорит (ст. 55) не о нормах международного права, а о «договорах или соглашениях, должным образом ратифицированных или одобренных».

Таким образом, нетрудно увидеть, что принадлежность права разных стран к одной и той же крупной правовой системе (или семье) отнюдь не исключает весьма существенных различий между национальными правовыми системами.

В заключение следует отметить, что в рамках романо-германской правовой семьи был разработан ряд юридических конструкций и концепций, получивших широкое распространение и признание во всем мире. К их числу относятся:

признание и законодательное закрепление принципов правового государства;

реализация на законодательном и правоприменительном уровне принципа разделения властей;

обеспечение конституционного правосудия, т.е. создание системы конституционного контроля;

учреждение и регулирование административной юстиции;

создание гарантий развития политического и юридического плюрализма;

обеспечение развития местного и судейского самоуправления. Эти принципы стали непреходящими ценностями мировой правовой мысли и юридической практики.

**2.2 Особенности правовой системы Российской Федерации
и романо-германская правовая семья**

Для последнего десятилетия XX в. самым значительным в развитии основных правовых систем современности является почти полное исчезновение с юридической карты мира социалистического типа права. Одна из главных тенденций развития права в постсоциалистических странах – это сближение с другими правовыми семьями. Применительно к России эта особенность проявляется в сближении российского права с романо-германской правовой семьей. Если переход к рыночной экономике и многообразию форм собственности предопределил быстрое развитие институтов частного права, то формирование правовой государственности и политический плюрализм обусловили развитие публичного права.

В международно-правовом плане включение России в «общее европейское правовое пространство», в «Европу правовых государств» стало одним из важных условий развития российского права в русле мировых тенденций правового развития.

В эволюции современной правовой системы России прослеживаются две основные тенденции. Это, с одной стороны, исключение из действующего российского права принципов, норм и институтов, которые были призваны подчеркнуть принципиальное отличие советского социалистического права от права буржуазного, а с другой –-появление в российском праве принципов, норм, институтов и даже отраслей, которые ранее считались исключительным атрибутом буржуазного права (например, торговое право и т.д.).

По своим основным юридическим классификационным признакам российское право всегда относилось к романо-германской правовой семье и продолжает оставаться таковым. Об этом свидетельствуют кодификационный характер российского права, структура правовой нормы, принципы верховенства закона и соответствующая иерархия источников права, основные принципы судебной организации и судопроизводства.

Глубокие экономические и политические преобразования во всех сферах общественной жизни открыли широкие возможности к сближению российского права с романо-германской правовой семьей не только по внешней форме, но и по содержанию.

Возникновение частного и публичного права в России в значительной степени было обусловлено социально-экономическим и политико-правовым развитием общества.

Это нашло свое отражение в следующих направлениях в области частного права.

во-первых, в признании многообразия форм собственности и определяющего значения частной собственности. Развитие отношений собственности, и прежде всего частной, приводит к возрождению частного права в России;

во-вторых, в развитии и создании юридических основ свободного предпринимательства. Рыночные отношения, т.е. имущественные, товарно-денежные отношения плюс налоговые, финансовые, трудовые, социальные и др., являются важнейшим источником частного права в России в материальном смысле;

в-третьих, в появлении рада ранее отсутствовавших институтов торгового права.

В сфере публичного права утвердились такие основополагающие признаки демократического правового государства, как:

конституционное провозглашение и практическая реализация принципа разделения властей;

конституционное признание первостепенной роли публичных прав и свобод граждан;

введение и развитие судебного конституционного контроля. Благодаря этим и другим новейшим тенденциям традиционная близость русского дореволюционного и современного российского права к романо-германской правовой семье становится существенным фактором, способствующим сближению рассматриваемых правовых моделей.

Видимо, все это будет предопределять особенности и приоритеты развития российской правовой системы в XXI в.

Унификация законодательства и правовых концепций в ее международно-правовых формах является наиболее известным способом сближения российского права с романо-германской правовой семьей. Однако, как показывает практика, унификация права, которая должна пониматься в широком смысле, начиная с унификации национального законодательства и кончая кодификацией незаконодательного характера юридической практики и обычаев, не есть самоцель, и она должна быть следствием практической потребности установления тесных контактов между государствами в сфере экономической, политической, культурной и социальной жизни.

Для формирования общего правового пространства не меньшее, если не большее, значение имеет такой путь сближения этих систем, как увеличение их общих черт, принципиальных установок, сходства правовых норм и соответственно судебной практики[[9]](#footnote-9).

Интегрирование России в европейские юридические процессы, утверждение примата международного права ведут к тому, что в национальной правовой системе растет число единообразных норм и стандартов. Несмотря на это, правовое развитие России происходит преимущественно путем изменений национального права. При этом законодатель обращается не только к юридическому опыту романо-германской правовой семьи, но и к англо-американским правовым моделям. Заслуживает, в частности, особого рассмотрения вопрос о возможности использования в определенных пределах принципа прецедента. Однако, как правило, институты англо-американского права плохо вписываются в романо-германскую правовую систему. Действительно, как справедливо отмечает проф. У. Батлер, трудно принять дословно англо-американские концепции и советы, данные с благими намерениями представителями западных юридических кругов. Они просто непонятны принимающей их стороне, а западная сторона в свою очередь обычно не в состоянии понять правовую среду, в отношении которой она дает советы. Поэтому трудно согласиться на столь радикальные перемены правовой системы, в результате которых в России было бы «все, как в США и Великобритании», и установилась правовая семья общего права.

Учет зарубежного юридического опыта и сближение российского права с другими правовыми семьями не тождественны рецепции права, восприятию зарубежных правовых моделей. Они итог развития российского права в результате действия многих факторов, обусловливающих этот процесс в конкретно-исторических условиях России. Отсюда, в частности, возможность различной трактовки даже одноименных правовых институтов, отторжение практикой моделей, разработанных российским законодателем па основе зарубежного опыта. Впрочем, в советское время, в условиях централизованной плановой экономики и демократически неразвитой политической системы, основные правовые институты РСФСР при внешнем сходстве с институтами романо-германской правовой семьи существенно отличались от них. Отсюда можно сделать вывод, что сближение российского права с романо-германской правовой семьей не означает потери самобытности, особенностей, традиций, свойственных правовой системе России. Действительно, российское право, как и любая национальная правовая система, имеет свою специфику, и на нем не могли не отразиться политико-правовые события, происходящие в России; оно отвечает всем основным юридическим признакам романо-германской правовой семьи.

На наш взгляд, весьма спорен призыв выделить самостоятельную «славянскую правовую семью» и возвратиться, в частности, к правовой системе государств восточнославянской культуры. Самостоятельность традиций развития российской правовой системы, в том числе ее отличие от романо-германской правовой семьи, подчеркивает В.Н. Синюков. Он признает за Россией особую правокультурную самобытность, пытается вывести ее из «исконных культурно-правовых основ», из специфических особенностей «славянской правовой семьи», образованной странами славянского этнического происхождения. По его мнению, российская правовая система в будущем должна идентифицироваться в качестве основы правовой семьи как восточнославянских, так и тюркских народов бывшего Советского Союза. А обращение к мировому правовому опыту (который называется однозначно западным), к интеграционным процессам, происходящим в европейских и иных регионах, возможно только на условиях политического и культурно-правового «ассимилирования входящих в СССР регионов в западное сообщество». Такое возвращение восточноевропейских стран в мировую культурно-правовую цивилизацию автор расценивает как «противоестественное вмешательство в их историческую судьбу, чреватое элиминацией этносоциальной специфики правовой культуры». Близкую этому точку зрения высказал и Р.Б. Головкин, писавший, что внедрение в правовую систему России концепций, сформировавшихся в романо-германской и англосаксонской системах права, не учитывающих различий духовных и нравственно-этических традиций Запада и Востока, пока преждевременно.

Следует отметить, что даже в Западной Европе, где происходят процессы объединения различных по своим культурно-историческим, религиозно-этическим и морально-психологическим ценностям государств (сравним, например, Грецию и Ирландию, Испанию и Норвегию), эти государства отнюдь не теряют своей самобытности и складывавшейся веками правовой ментальное[[10]](#footnote-10).

Признавая справедливыми высказывания В.Н. Синюкова о реально существовавшей самобытной для России правовой системе восточнославянского типа, об особенностях состояния правосознания населения России, А.В. Мицкевич справедливо отмечает, что трудно увидеть те особенные формы законодательства или иных источников права, которые обеспечивали бы успешное развитие российской государственности в современных условиях. Россия вряд ли может избрать «самобытное», без ориентации на международный опыт развитие права, не рискуя снова (как это было совсем недавно) оказаться в международной изоляции. России предстоит жить не в «особой правовой семье», а в содружестве и взаимодействии со всеми правовыми системами мира.

Все эти аргументы свидетельствуют о том, что романо-германская правовая семья в XXI столетии в основном остается правильным для России выбором.

Обратим теперь внимание на формальные источники российского права. Для того чтобы осветить вопрос об источниках современного российского права, нужно прежде всего подчеркнуть, что речь идет о праве, основным источником которого является закон.

Российское право – это преимущественно законодательное право. Оно развивается главным образом законодательным путем и характеризуется бурным обновлением текущего законодательства в связи с принятием новой Конституции Российской Федерации 1993 г. и изданием важных нормативных правовых актов.

Конституция Российской Федерации закрепляет следующие фундаментальные принципы системы источников права.

Во-первых, признание человека, его прав и свобод высшей ценностью, а соблюдение и защиту прав человека и гражданина – обязанностью государства (ст. 2). Конституция признает права и свободы человека «непосредственно действующими» (ст. 18). Все это означает, что любой закон или иной нормативный акт может считаться правомерным только при условии соблюдения им прав человека.

Во-вторых, признание за Конституцией Российской Федерации и федеральным законодательством верховенства и высшей юридической силы на всей территории России (п. 2 ст. 4 и п. 1 ст. 15). Все законы и иные нормативные правовые акты, принимаемые в Российской Федерации, не должны противоречить Конституции. Принцип верховенства законов регулируется с учетом особенностей разграничения полномочий и предметов ведения между Федерацией и ее субъектами.

В-третьих, закрепление приоритета общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерацией перед национальным правом (п. 4 ст. 15).

Источниками российского права являются: закон, иной нормативный правовой акт, обычай, договор, судебная практика, общие принципы права, международно-правовые акты.

Для современной правовой системы России характерно признание приоритетным источником права закона.

Конституция – важнейший источник российской правовой системы. Она может рассматриваться как источник права в следующих значениях:

Высшая юридическая сила Конституции проявляется, во-первых, в том, что нормы законов и иных нормативных правовых актов должны соответствовать нормам Конституции, и, во-вторых, в том, что сами законы и иные нормативные правовые акты принимаются предусмотренными Конституцией органами и в установленном ею порядке.

Конституция России имеет прямое действие.

Российская Конституция в определенной степени формирует структуру федерального законодательства, т.е. в ряде статей оговаривает, какие и в каких случаях должны быть изданы законодательные акты.

Конституция России указывает на особую значимость как источника права гл. 1 «Основы конституционного строя». Никакие по правки, изменения, вносимые в Конституцию, не могут противоречить положениям этой главы. Глава 1 Конституции является источником самого конституционного законодательства.

В качестве источников российского права выступают также федеральные конституционные законы, федеральные законы и законы субъектов Российской Федерации.

Роль законов в системе источников российского права будет возрастать. Законы должны быть социально обусловлены и материально обеспечены.

Доминирующая роль закона не исключает, однако, важного значения других факторов, воздействующих на развитие российского права, в том числе его источников.

Что касается иных нормативных правовых актов, то наблюдается расширение «указного законодательства», засилье ведомственного нормотворчества. Весьма важно соответствие иных нормативных правовых актов законам.

В современном российском законодательстве все большее признание получает обычай как источник права. Гражданский кодекс России признает в общей форме, а не для отдельных отношений возможность применения обычаев делового оборота, не противоречащих закону или договору (ст. 5 и 6 ГК). Применение обычая предусмотрено и Семейным кодексом.

Новым явлением для российской правовой системы является заключение нормативных договоров и соглашений между органами Федерации и ее субъектов. Это договоры о разграничении предметов ведения и полномочий между органами Российской Федерации и органами субъектов Федерации. Первый из таких договоров был заключен 31 марта 1992 г. и получил название Федеративного Договора. Он сыграл важную роль в деле сохранения и упрочения единства России как Федерации нового типа[[11]](#footnote-11).

Судебная практика занимает важное место в российской правовой системе. Если в советское время признание судебной практики трактовалось как покушение на принципы социалистической законности и верховенства закона, то в современный период все больше ученых-юристов признают судебный прецедент источником российского права.

Считается, что Россия в отличие от стран англо-американской правовой семьи пойдет своим путем в деле становления актов судебной власти в качестве источника права. Так, в настоящее время многие решения Конституционного Суда России (например, о неконституционности тех или иных правовых норм), по существу, являются источником права.

Следует отметить, что судебный прецедент имеет качество производного от законодательства: ни одно из судебных решений не должно иметь преимущество перед законом.

Вместе с тем признание судебной практики источником права значительно повысит роль суда и правосудия в жизни общества, придаст российской правовой системе динамизм, повысит эффективность правоприменения.

Общие принципы права являются источником российского права. Они могут использоваться как источники права в двух случаях:

во-первых, в случае наличия пробела в праве, когда необходимо применение аналогии права;

во-вторых, в случае издания таких нормативных правовых актов, необходимость принятия которых прямо вытекает из принципов права.

Международно-правовые акты признаются важнейшими источниками российского права. Согласно п. 4 ст. 15 Конституции, общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Порядок реализации указанных норм международного права весьма разнообразен для разных отношений, и практика их применения все более расширяется. Она охватывает не только сферу частного права (гражданского, семейного, трудового), но и права публичного, что прежде всего относится к деятельности правоохранительных органов и судов.

Органы государственной власти в своей деятельности обязаны не только соблюдать нормы международного права, но и принимать в пределах своей компетенции меры, необходимые для их соблюдения.

Следует обратить внимание также на право каждого российского гражданина (в соответствии с международными договорами Российской Федерации) обращаться в международные органы по защите прав и свобод человека, например, в Европейский суд по правам человека, в соответствующие комиссии и комитеты ООН, если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты. В основе признания права граждан на обращение в межгосударственные органы лежат:

во-первых, процесс возрастания роли международных организаций в деле защиты прав и свобод человека;

во-вторых, признание Россией юрисдикции межгосударственных органов по защите прав и свобод человека.

Таким образом, система источников российского права отражает традиционную для всех стран романо-германской правовой семьи концепцию, согласно которой право не создается априорным путем и не содержится исключительно в законодательных нормах.

**Глава 3. ОСНОВНЫЕ ЧЕРТЫ И ОСОБЕННОСТИ АНГЛОСАКСОНСКОЙ ПРАВОВОЙ СЕМЬИ**

Англосаксонская правовая семья, или система (семья) общего права, как ее зачастую называют, является одной из самых распространенных, старейших и влиятельных правовых систем современного мира. По своим основным параметрам, включая географические (охват национальных правовых систем в разных регионах и частях мира), культурные (распространение на страны с различной политической и правовой культурой), исторические и иные факторы, наконец, по степени своего влияния на другие правовые системы данная правовая семья, по общему признанию исследователей, может сравниться лишь со старейшей правовой семьей — системой романо-германского права[[12]](#footnote-12).

Термины «общее» и «англосаксонское» право употребляются, по общему правилу, в качестве синонимов. Идентичность этих терминов последовательно прослеживается в многочисленных трудах отечественных и зарубежных юристов, философов, социологов и представителей других общественных наук, затрагивающих проблемы сравнительного правоведения в своих исследованиях. Сложилась даже своеобразная традиция подобного употребления данных терминов[[13]](#footnote-13).

Однако такой подход не разделяют специалисты в области истории государства и права зарубежных стран, и в первую очередь Англии. Имеющие дело с точной историко-правовой материей, на основе изучения документов и других материалов, касающихся ранней истории развития государства и права Англии и более поздних этапов ее эволюции, они делают вывод о том, что термин «англосаксонское право» в строгом его понимании относится только к самому раннему — англосаксонскому — периоду развития феодального государства и права в этой стране, в то время как термином «общее право» обозначается правовая система Англии (о чем подробнее будет сказано дальше), сформировавшаяся позднее.

Исходя из необходимости четкого терминологического разграничения в учебном процессе и в научных исследованиях термин «общее право» не следует отождествлять и с термином «английское», или «британское», право.

Строго говоря, резонно замечает по этому поводу R Давид, сфера применения английского права ограничивается только Англией и Уэльсом. Оно не является ни правом Объединенного Королевства, ни правом Великобритании, поскольку такие их составные части, как Северная Ирландия, Шотландия, острова Ла-Манша и остров Мэн, не подчиняются «английскому» праву. Тем более оно не распространяется на другие государства, находящиеся за пределами Объединенного Королевства, но использующие систему общего права.

Данное обстоятельство определяющее, даже если учесть, что правовые системы некоторых стран, таких, например, как Канада и США, в настоящее время глубоко отличаются от английского права и что в других странах, например в Индии и Судане, право лишь частично подверглось английскому влиянию, поскольку там рецепцировали только отдельные институты и категории английского права.

Говоря об общем праве в плане его соотношения с английским правом, весьма важным представляется, во-первых, проводить четкое различие между ним, с одной стороны, и международным правом (основными субъектами которого являются государства), а вместе с тем и каноническим правом (порождаемым церковью и применяемым ее же судами), с другой стороны. А во-вторых, учитывать тот очевидный для многих компаративистов факт, что при всей своей долговечности, неоспоримой значимости и широкой распространенности термин «общее право» выступает как до конца не сложившийся, неоднозначный.

Нередко он употребляется в широком и узком смыслах. В широком смысле «общее право» означает полный охват, «тотальность охвата всех национальных правовых систем, входящих в правовую семью англосаксонского права».

При этом «общее право» рассматривается как правовая семья, не только не совпадающая, но и в известной мере противостоящая другой, не менее влиятельной в современном мире правовой семье — континентального или романо-германского права.

В узком смысле «общее право» рассматривается как составная часть правовой семьи англосаксонского права, исторически сложившаяся в Великобритании из решений королевских (вестминстерских) судов. В данном изначальном значении общее право противостоит исходящему от парламента страны так называемому статутному праву, а также праву в виде норм и судебной практики, порождаемому английскими «судами справедливости».

Помимо указанных значений термина «общее право» он употребляется и в других смысловых значениях. В частности, общим правом иногда называется вся правовая система Великобритании и подчеркивается, что речь идет именно об общей системе всей страны, а не о каких бы то ни было отдельных нормативно-правовых актах или локальных нормах и обычаях.

В процессе дальнейшего анализа сравнительно-правовых проблем целесообразным представляется во избежание путаницы использовать термин «общее право» лишь в качестве синонима термина «англосаксонская правовая семья».

А сейчас обратим внимание на основные особенности общего права, выступающего в качестве правовой семьи, на то, что отличает его от других правовых семей.

Речь при этом не идет о каких бы то ни было частных особенностях общего права, касающихся, например, его источников или форм права, отдельных его принципов или традиций, его структуры или отдельных сторон его содержания. Имеются в виду лишь такие особенности, которые относятся к англосаксонской правовой семье в целом, подчеркивают специфический характер данной правовой семьи и в принципиальном плане отличают эту правовую семью от всех других правовых семей[[14]](#footnote-14).

Разумеется, в первую очередь речь идет о тех отличительных чертах, которые дают возможность провести разграничительную линию между англосаксонской правовой семьей, с одной стороны, и наиболее близко к ней примыкающей, соотносящейся с ней по целому ряду параметров романо-германской правовой семьей — с другой.

Такое разграничение далеко не всегда возможно, если учесть сходство родовых и иных признаков и черт рассматриваемых правовых семей. Тем не менее принципиальное различие между правовыми семьями существует, и его не следует недооценивать, а тем более игнорировать.

Рассматривая многочисленные проявления признаков сходства и различия между двумя доминирующими в современном мире правовыми семьями, нельзя не заметить, в частности, такие их сходства, как: а) общность культурного развития, ибо в течение многих веков, вплоть до настоящего времени, система общего права и система романо-германского права «имели и имеют общие ингредиенты цивилизованной жизни»; б) определенная общность религиозной основы, каковой для Англии — прародины общего права — и континентальной Европы — центра развития романо-германского права было в течение длительного времени христианство. Известно, что в Средние века Англия находилась под духовной властью и сильным влиянием римской церкви. В более поздние века она официально признавала протестантизм, который разделялся также значительной частью населения Западной Европы.Наконец, в настоящее время в Англии установился «религиозный плюрализм», который широко распространен на всей территории Западной Европы; в) сходный уровень развития в Англии и континентальной Европе науки, техники, искусства, ряда политических, социальных и правовых теорий, принципов, идей и т. д.

Все это и многое другое не могло не породить фундаментального сходства двух основных, доминирующих в мире правовых семей. Но вместе с тем оно, сопряженное с национальными, историческими, политическими, психологическими и иными особенностями стран и народов, воспринявших данные правовые семьи, не могло не обусловить и многочисленные различия между ними.

Каждая из этих правовых семей в силу своих природных и иных особенностей вырабатывает в себе наряду с общими чертами «настолько яркие и значимые особые черты», что это позволяет каждой из них обретать свою собственную индивидуальность.

Конечно, это всячески предполагает, что каждая из данных правовых систем может перенимать нормы, институты, идеи и иные традиционные черты, свойственные другой правовой системе, однако это не изменяет ни первоначальной природы, ни основных параметров и «фундаментальных черт» каждой из систем, остающихся тем, чем они всегда были.

Какие же фундаментальные черты и особенности общего права придают ему как правовой семье специфический характер? В чем состоит коренное отличие общего, англосаксонского права от континентального, романо-германского?

Отвечая на подобные вопросы, многие исследователи общего права выделяют следующие особенности общего права.

Во-первых, указывается на то, что общее право по своей природе и содержанию является «судейским правом». Это означает, что основой общего права изначально были и остаются решения королевских (вестминстерских) судов — в Англии, решения Верховного Суда по вопросам конституционности или неконституционности обычных («текущих») законов — в США, вердикты высших судебных инстанций по аналогичным вопросам — в Канаде, Австралии и других англоязычных странах. Судейский характер общего права признается фактически всеми исследователями-компаративистами и самими судьями — практическими работниками, имеющими дело с различными институтами общего права. Это право в Великобритании, США или любой другой стране, где оно функционирует, традиционно создавалось и создается судьями.

Разумеется, законы, принимаемые парламентами, играют в правовых системах этих стран, и прежде всего в Англии, немаловажную роль. Однако не следует забывать, что уже в процессе подготовки и принятия парламентских актов всегда учитываются существующие судебные решения и что в процессе применения права именно судьи, а не кто-либо иной, официально оценивают практическую значимость актов парламента. В силу этого «сам характер судейской деятельности и судейские воззрения и доктрины всегда были и остаются важнейшим фактором развития общего права».

По мнению бывшего председателя Верховного Суда США Э. Уоррена, высказанного по поводу судейского характера общего права в этой стране, «ни у кого не будет оснований оставаться честным, утверждая, что суд не создает права». Правотворческая деятельность суда — это не основная его цель и функция. Суд творит право по ходу своей основной судебной деятельности. Он не подменяет Конгресс и не имеет никаких намерений узурпировать власть Конгресса. Но «мы (судьи) создаем право, и иначе быть не может».

Следует заметить, что, по мнению ряда американских авторов, судейский характер общего права в США является практически даже более значимым, чем в Англии и некоторых других странах. Согласно их наблюдениям, «право, создаваемое американскими судьями, играет в регулятивном и управленческом процессах общества гораздо большую роль, чем право, создаваемое английскими судьями».

Во-вторых, обращается внимание на то, что общее право по сравнению с другими правовыми семьями имеет ярко выраженный казуальный характер (cast law), что это система доминирования прецедентного права и полного или почти полного отсутствия кодифицированного права, точнее — кодифицированного законодательства.

Данная особенность общего права исторически обусловлена преобладанием в нем в течение весьма длительного времени судейского права над статутным или парламентским правом. Установление жесткого принципа прецедента в деятельности судебной системы Великобритании и других стран, длительное доминирование в них прецедентного права над другими составными частями общего права отнюдь не способствовали, а, напротив, объективно препятствовали процессу его унификации и кодификации. Однако это не только не мешало, а, наоборот, всячески предполагало, исходя из сугубо практических целей, систематическое упорядочение и обнародование постоянно создаваемых и многократно применяемых судебными инстанциями прецедентов[[15]](#footnote-15).

В силу данных причин в Англии начиная с конца XII в. и вплоть до первой половины XVI в. систематически собирались и издавались в специальных «Ежегодниках» судебные отчеты. В XVI в. они были заменены частными отчетами, которые, как правило, формировались и публиковались наиболее квалифицированными английскими юристами. Со второй половины XIX в. в Великобритании издаются так называемые «Судебные отчеты», где публикуются решения высших судебных инстанций, выступающие в качестве судебных прецедентов при рассмотрении аналогичных дел. Наряду с этим публикуются «Еженедельные судебные отчеты», «Всеанглийские судебные отчеты», «Судебные отчеты по Северной Ирландии» и другие подобные издания.

В связи с доминирующей ролью прецедентного права в системе общего права английское законодательство, по справедливому замечанию отечественных исследователей, вплоть до начала XIX в., находясь на вторых ролях, представляло собой «постоянно растущее собрание неупорядоченных, плохо согласованных между собой и даже прямо противоречащих одни другим статутов, принимавшихся начиная с XIII в. при самых различных обстоятельствах и нередко продолжавших действовать в совершенно изменившихся исторических условиях».

В конце XIX в. и на всем протяжении XX в., когда потребность в систематизации многочисленных парламентских актов особенно увеличилась, основной формой упорядочения британского законодательства по-прежнему оставалась и остается консолидация.

Что же касается такой формы систематизации законодательства, как кодификация, то в Великобритании она практически не получила распространения. Неоднократные попытки кодификации различных отраслей английского права неизменно оказывались неудачными. Так было с попытками разработки и принятия уголовного кодекса во второй половине XIX в., кодификации других отраслей права.

Несколько иначе выглядит процесс кодификации законодательства в других странах общего права, в частности в США. Особые условия развития общего права в этой стране, активная деятельность законодательных органов на уровне федерации и отдельных штатов, приведшая к созданию огромного числа нормативно-правовых актов, несвязанность, в отличие от Англии, судебных и иных государственных органов глубокими традициями общего права, которые зачастую препятствуют его кодификации, — все это и многое другое обусловило то, что законодательство США приобрело, в отличие от Великобритании, гораздо в большей мере кодифицированный, а не просто консолидированный характер.

Начиная с конца XVIII в. и вплоть до второй половины XX в. в США на уровне отдельных штатов были разработаны и приняты отраслевые кодексы.

Особая активность в области кодификации в течение XIX в. наблюдалась в штате Нью-Йорк, где были подготовлены, а частично и приняты проекты гражданского, уголовного, гражданского процессуального и уголовно-процессуального кодексов, послужившие своеобразным образцом для разработки и принятия соответствующих кодексов в других штатах.

Кодификационная работа в США проводилась на уровне не только отдельных штатов, субъектов федерации, но и самой федерации. В результате этой работы в 1909 г. был подготовлен и принят федеральный Уголовный кодекс. В 1926 г. разработан и одобрен федеральный Свод законов, состоящий из 50 отраслевых разделов (таких, как «Война и национальная оборона», «Патенты», «Сельское хозяйство» и пр.) и периодически обновляемый каждые шесть лет. В послевоенный период в целях сближения и унификации законодательства отдельных штатов в США был одобрен единый Торговый кодекс (1952), созданы так называемые типовые кодексы по уголовному, уголовно-процессуальному и некоторым другим отраслям права.

Кроме того, как подмечает Р. Давид, говоря об американских кодексах, всегда следует иметь в виду, что они «идентичны» европейским кодексам. «Их и толкуют иначе». Кроме того, в этих кодексах — «просто плод консолидации, более или менее удачной, а не основа для выработки и развития нового права, как в странах романо-германской правовой семьи».

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[[16]](#footnote-16).

В-третьих, важная особенность общего права по сравнению с ро-мано-германским и другими правовыми семьями заключается в том, что в процессе своего возникновения и развития оно выло подвержено лишь незначительному влиянию со стороны римского права.

Если право наших европейских партнеров вместе с правовой системой Шотландии, пишут по этому поводу английские исследователи, испытало весьма заметное по своей глубине, масштабу и последствиям воздействие со стороны римского права, то этого не случилось с английским правом.

Причин слабого влияния римского права на общее, и в особенности на английское, право усматривается довольно много. Но наиболее важные из них сводятся к следующему: а) к преимущественно частному характеру римского права, которое не могло быть использовано королевскими (вестминстерскими) судами, решавшими в пределах своей юрисдикции не частные, а публично-правовые споры; б) к существовавшим на пути рецепции норм, институтов, доктрин и принципов римского права в Англии препятствиям в виде несовместимых с римским правом местных традиций и обычаев; в) к особенностям эволюционного развития Англии и ее правовой системы, не вызывавшим необходимости выхода за рамки общего права.

Конечно, причин незначительного влияния римского права на английское национальное право, а через него и на все общее право, по всей вероятности, существует несколько. Однако главные из них все же заключаются в «непрерывном (unbroden), исторически последовательном развитии политической и правовой системы Англии, при котором не возникало необходимости искать помощи и поддержки при решении постоянно возникающих проблем за пределами применения принципов общего права или права справедливости».

Следовательно, у общего права, развивавшегося на своей собственной социально-экономической, политической, идеологической и концептуальной основе, вовсе не было необходимости «перенимать» и адаптировать применительно к новым историческим условиям издавна сложившиеся и многократно подтвержденные юридической практикой многих стран нормы, институты, доктрины и принципы римского права.

Таково мнение многих ученых-юристов, занимающихся проблемами соотношения различных правовых систем, а также вопросами рецепции римского права. Ими традиционно подчеркивается одна из особенностей общего права, заключающаяся в слабом влиянии на него, по сравнению с романо-германской правовой семьей, римского права.

Вместе с тем по поводу слабой связи и соответственно «слабого влияния» римского права на общее право есть и иные мнения, не совпадающие с традиционными. Суть их сводится к следующему: несмотря на то что общее право не вытекает из римского права и не подвергается его влиянию, это касается лишь позднего периода развития последнего. Ранний же («древний») период развития римского права «в отдельных его правовых аспектах и процедурной практике стоит ближе к общему праву, чем даже к современному романо-германскому («цивильному») праву».

В-четвертых, отличительной особенностью общего права является придание повышенной значимости процессуальному праву по сравнению с материальным правом.

Эта особенность общего права проявилась уже на самых ранних стадиях его становления и развития и в значительной мере сохранила свою роль вплоть до настоящего времени.Одной из причин ее появления и столь длительного сохранения является перманентное доминирование в системе общего права судейского права. Относительное развитие законодательства — статутного права в Англии и в некоторых других странах общего права давало возможность, а нередко и вынуждало суды формировать в процессе своей повседневной деятельности не только нормы материального, но и процессуального права, уделять повышенное внимание не столько самому судебному решению, сколько, в силу сложившихся традиций, порядку, процедуре принятия решения.

Английское право по самой своей природе — «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. Изучение материального права и принципов права в университетах «не дало бы этим юристам ничего нового».

Как показывают научные исследования, главным для английского нрава вплоть до XIX в. было умение найти форму иска для обращения в Королевский суд и для избежания препятствий процедурного характера.

Самая большая трудность при этом состояла в возбуждении судебного процесса, а также в выработке «строгих правил о доказательствах», с тем чтобы вердикт участвующих в процессе «невежественных и впечатлительных присяжных был разумным»[[17]](#footnote-17).

Таким образом, для английских юристов, а позднее и для всех юристов общего права процессуальные вопросы самой логикой развития государственно-правовой жизни в Англии и других странах все больше выдвигались на первый план.

Помимо прочего это случилось еще и потому, что английские юристы, будучи весьма благоразумными людьми, хорошо понимали, что «быть правым — это еще мало для того, чтобы добиться удовлетворительного решения». А также потому, что английское материальное право, будучи вплоть до XIX в. «чрезвычайно бесформенным и нечетким» по всем параметрам, не могло не уступать процессуальному праву.

В настоящее время положение дел в сфере общего, и в особенности английского, права в определенной мере изменилось. Исследователи отмечают, в частности, что значительно упростилась судебная процедура[[18]](#footnote-18). «Обогатилось и стало столь же действенным, как и правовые системы континентальной Европы», английское материальное право.

Английские юристы стали больше внимания уделять изучению не только конкретных судебных решений, ставших прецедентами, но и анализу конкретных норм, институтов, а также принципов английского права.

Однако, несмотря на все эти изменения, «стиль мышления, порожденный вековыми традициями, сохраняется до сих пор». С психологической точки зрения и в других отношениях он особенно ярко проявляется опять же в придании исключительной важности в системе общего права судебной процедуре, процессуальному праву, а тем самым — в определенной недооценке роли материального права.

Если юрист континентальной Европы видит в праве некие «принципы социального порядка», принципы политической свободы, говорит о конституционных правах и обязанностях, священности и неприкосновенности частной собственности и т. п., оставляя при этом практикам «заботу о проведении этих принципов, прав и свобод в жизнь», то юрист, имеющий дело с общим правом, и в особенности современный английский юрист — «своего рода наследник практиков, относится ко всему этому совсем иначе, а именно — с большим скепсисом и недоверием.

Будучи по своей профессиональной натуре весьма целеустремленным прагматиком, он с большим недоверием относится ко всякого рода общим правовым положениям, принципам и декларациям, резонно считая их пустыми словами.

Все внимание английских юристов, замечает Р. Давид, «веками было обращено на судебную процедуру и очень медленно переносится на само существо права». Если во Франции политические свободы — «объект торжества юридических деклараций», то в Англии эти свободы выступают «в гораздо более скромной форме», хотя они и «эффективнее гарантируются процедурой habeas corpus».

В-пятых, важной особенностью общего права, подчеркивающей ее весьма своеобразный, а в целом ряде аспектов даже уникальный характер, является довольно высокий уровень независимости судебной власти по отношению ко всем другим государственным властям, ее реальная, разносторонне гарантированная самостоятельность как в вопросах организации своей внутренней жизни, так и в отправлении правосудия, в решении относящихся к ее компетенции «внешних» проблем.

Разумеется, каждое современное государство, именующее себя цивилизованным и тем самым стремящееся всячески отмежеваться от «нецивилизованных» государств, в конституционных актах или же в текущем законодательстве не только провозглашает, но в ряде случаев юридически гарантирует независимость судебной власти, а вместе с ней осуществляющих ее судей.

Однако из практики многих государств хорошо известно, что одно дело — провозглашать и даже формально-юридически гарантировать независимость судебной власти и совсем другое — ее реально осуществлять.

В странах общего права, и особенно в Англии, такого расхождения между словами и делами практически не существует. Суды в Англии, уверенно заявляет Р. Давид,— это «настоящая власть. Именно им Англия обязана созданием общего права и права справедливости; именно они сформировали действующее ныне английское право, так как законодательная и исполнительная власти в этом отношении играли до XX в. второстепенную роль».

Судебная власть в Англии и ряде других стран общего права, ее действенность и самостоятельность проявляются и в иных отношениях. В частности, в том, что эта власть обладает несомненной прерогативой в процессе создания не только материального права, но и судебных процедур — важнейшей составной части процессуального права. Суды обладают неоспоримым правом (и одновременно конституционной обязанностью) отправления правосудия. Согласно сложившейся традиции и обычаям суды Англии наделяются прерогативой повседневного контроля за рассмотрением юридических споров, возникающих между различными субъектами правоотношений — юридическими и физическими лицами.

Наконец, на суды общего права возлагаются весьма широкие и действенные по своему характеру полномочия, позволяющие судебной власти оказывать огромное влияние не только на процесс развития правовой системы, но и на само общество и государство,— полномочия, связанные с толкованием законодательных актов и с решением вопроса об их конституционности.

Значительная роль судов общего права в обществе и их высокий уровень относительной самостоятельности проявляются и в других отношениях. Реальный характер выполняемых ими функций традиционно обеспечивается многими средствами или факторами — материальными, правовыми, моральными и иными.

Среди них в качестве иллюстрации можно указать на такие, в частности, как широко признанная концепция независимой судебной власти в Великобритании и других странах общего права.

«Судейская независимость» при этом обычно рассматривается и теоретиками права, и практиками не иначе как «проявление одного из аспектов» теории, а вместе с ней практики разделения властей. Такой подход к судебной власти позволяет теоретически обосновать и тем самым фактически оправдать правомерность и разумность с точки зрения интересов всего общества и государства построения таких отношений между различными государственными властями, при которых судебная власть в процессе своей деятельности была бы застрахована как от контроля со стороны законодательной власти, так и от вмешательства со стороны правительства».

Подобный характер отношений вовсе не означает абсолютизацию судебной власти и непризнание укоренившейся в Англии и некоторых других странах доктрины «суверенитета парламента».

Поддержанию реальной самостоятельности судебных органов в системе общего права способствуют материальные факторы (высокая техническая оснащенность, благоустроенные здания и отдельные помещения, относительно высокая оплата труда судей и т. п.) и исторически сложившиеся традиции[[19]](#footnote-19).

Поддержанию высокого уровня самостоятельности судебных органов и их независимости от других государственных органов в странах общего права способствует также, с одной стороны, традиционная корпоративная организованность и солидарность в действиях, а с другой — законодательно закрепленный «судейский иммунитет».

Корпоративность и организованность английских юристов, объединение «класса юристов» в своеобразные профессиональные гильдии позволили им уже в ранней истории развития Англии оказывать огромное влияние на политическую и правовую сферы жизни общества, в большой степени предопределять основные тенденции развития права.

Наконец, говоря о факторах, определяющих высокий уровень самостоятельности судебной власти и осуществляющих ее органов в странах общего права, нельзя не упомянуть и о моральной стороне дела, о моральных факторах.

Конечно, судебная власть в этих странах, так же как и в других, всегда безупречна. Об этом свидетельствуют факты предвзятого отношения судебных органов США, Канады, Австралии и ряда других стран в послевоенный период к так называемым «подрывным» элементам — лицам и организациям, противостоящим правящим режимам, и организованные на них с помощью судов гонения.

Однако подобного рода активность судебных органов, рассматривавшаяся в западных изданиях как некий весьма досадный эпизод в повседневной «праведной» деятельности, в целом отнюдь не подорвала доверия к ним со стороны населения. В особенности это касается высших судебных инстанций и судей в Англии, добрая репутация которых поддерживается не только правовыми средствами (любая форма проявления неуважения к суду преследуется по закону), но и неправовыми, в частности средствами морали, традициями и обычаями.

В качестве одного из примеров можно сослаться на подобного рода обычай, запрещающий членам Палаты общин — нижней палаты парламента подвергать персональной критике любого из членов Палаты лордов — верхней палаты парламента и одновременно высшей судебной инстанции, рассматривающей жалобы на решения Апелляционного суда, поскольку это может подорвать его доброе имя и престиж. При этом критикуется не судья — член Палаты лордов, рассматривавший то или иное дело, а «правовые принципы и взгляды, легшие в основу рассматриваемого дела».

В-шестых, одной из особенностей общего права, прежде всего применительно к Великобритании, является обвинительный характер судебного процесса.

В отличие от других правовых систем, где на суд возлагается обязанность как сбора, так и оценки собранных доказательств (по западной терминологии — «инквизиторский» процесс), судебный процесс в странах общего права носит иной, обвинительный (accusatorial) характер. В соответствии с уголовно-процессуальными и гражданско-процессуальными нормами обязательства по сбору доказательств возлагаются на стороны — участницы процесса, а суд (судья) при этом «остается нейтральным, заслушивает и оценивает аргументы обеих сторон»[[20]](#footnote-20).

Обвинительный характер процесса в Англии, прослеживающийся на протяжении многих веков, имел определенные последствия как для самой судебной, так и для правовой системы страны. В частности, «в силу обвинительного характера процесса в Англии не получил развития институт государственного обвинения, представленный особыми должностными лицами». Вместо него в стране начиная с XIII в. появились и действуют профессиональные правозащитники (правозаступники, которые подразделяются на две категории — барристеры и солиситоры (атторнеи).

Юристы каждой из этих категорий в Англии, в отличие от ряда стран романо-германского права, не являются государственными служащими и «не руководствуются в своей юридической деятельности какими бы то ни было политическими соображениями».

Помимо названных особенностей общего права в специальной отечественной и зарубежной литературе выделяются и другие. Указывается, в частности, на насильственный («экспансионистский») характер распространения в мире общего права вместе с расширением территории Британской империи. Обращается внимание на то обстоятельство, что значительная часть печатной юридической продукции в виде актов парламента, решений судов, книг, юридических журналов и т. п. находится в частных руках. Выделяется такая особенность общего права, как непрерывность его исторического развития и совершенствования.

**Глава 4. МУСУЛЬМАНСКОЕ ПРАВО КАК РАЗНОВИДНОСТЬ РЕЛИГИОЗНОГО ПРАВА**

Мусульманское право представляет собой систему норм, выражающих в религиозной форме волю и интересы религиозной знати, которые изначально санкционировались и поддерживались теократическим мусульманским государством. Сложившись в своей основе еще в VII—X вв., в период становления и развития феодальных отношений в арабском халифате, мусульманское право неизменно выступает лишь как одна из сторон ислама. Эта религия, отмечается в научных источниках, содержит в себе, во-первых, теологию, которая устанавливает и уточняет, во что мусульманин должен верить и во что не должен, а во-вторых, предписания верующим, указывающие на то, что они должны делать и что не должны. В исламской религии совокупность таких предписаний называется шариатом (в переводе с арабского — «путь следования») и составляет собственно то, что называют мусульманским правом[[21]](#footnote-21).

Согласно догмам ислама мусульманское право открыл Аллах и довел его до всего общества и отдельно взятого человека через своего посланника и пророка Мухаммеда. Личность последнего занимает важное место в религиозной доктрине ислама в целом.

Этот человек был избран самим Богом в качестве посланника и пророка, говорится в самых ранних и более поздних богословских исследованиях. Признание пророческой миссии Мухаммеда — один из с непременных символов мусульманской веры. А именно веры в то, что «нет никакого божества, кроме Аллаха» и что Мухаммед является пророком и посланником Аллаха[[22]](#footnote-22).

Незыблемая основа мусульманского права — Коран. Это главная священная книга мусульман, в которой собраны различные проповеди, обрядовые и юридические установления, молитвы, заклинания, всякого рода назидательные рассказы и притчи, произнесенные Мухаммедом в Мекке и Медине. Содержание Корана составляют высказывания Аллаха своему пророку и посланцу Мухаммеду.

Коран является первым и основным источником мусульманского права. Однако никто из мусульманских юристов его не воспринимает ни в качестве книги права, ни как кодекс мусульманского права. Отдельные положения юридического характера, содержащиеся в Коране, недостаточны для того, чтобы вести речь о кодификации. Более того, многие правовые институты, имеющие огромное значение для формирования и развития мусульманского права, в этой священной книге даже не упоминаются.

Вот почему мусульманский судья, осуществляя правосудие, обращается непосредственно не к Корану, который он не может и не должен знать, а к книгам, написанным в разные годы авторитетными юристами, учеными-богословами и содержащим в себе определенное толкование.

Коран же как главная священная книга мусульман, как «руководство для богобоязненных» и предостережение для неверующих, которые «пытаются обмануть Аллаха, и тех, которые уверовали, но обманывают только самих себя», будучи основополагающим источником мусульманского права, выступает все же в первую очередь как фундаментальный богословский труд.

Он является моральной и религиозно-философской основой мусульманского государства и права, исходным моментом в процессе их возникновения и развития. Однако он не может рассматриваться исключительно как правовой памятник, или даже как преимущественно юридический акт.

Чтобы убедиться в этом, достаточно обратить внимание на основные положения и основополагающие идеи, содержащиеся в Коране.

Согласно Корану за истинную (мусульманскую) веру каждому правоверному воздадутся милости Аллаха, и он будет всегда счастлив. А те, кто переступают веру и «измышляют на Аллаха ложь, не будут счастливы».

Наряду с чисто религиозными и философско-религиозными в Коране содержатся положения, рассматриваемые в сугубо юридическом плане. Например, предписания правоверным по праву ценить милосердие Аллаха и самим быть милосердными; предписание давать убежище «многобожникам», если «они у тебя этого попоосили»: приюти такого человека, «пока он не услышит слова Аллаха». Это требования быть твердым в вере, ибо «счастливы верующие, которые в своих молитвах смиренны, которые уклоняются от пустословия, которые творят очищение», соблюдают «свои доверенности и договоры», «соблюдают свои молитвы» и т. д. А если кто «устремится за это», иными словами, нарушит данные императивные по своему характеру заповеди, то он будет рассматриваться как нарушитель («те уже нарушители»).

Коран предписывает быть благодарным и справедливыми («И устанавливаете вес справедливо и не уменьшайте весов»), проявлять щедрость и давать подаяние бедным, сиротам и захваченным в плен («Мы ведь кормим вас ради лика божия и не желаем от вас ни воздаяния, ни благодарности»), избавляться от скупости и избегать неправедного обогащения. На этот счет сура 92 гласит: «А кто скупился и обогащался, и считал ложью прекраснейшее, тому Мы облегчим к тягчайшему. И не спасет его достояние, когда он низвергнется».

В Коране имеется множество и других аналогичных по характеру норм и предписаний. Большинство из них весьма обширно и неимперативно, оставляет огромные возможности для проявления в установленных ими религиозных рамках правовой инициативы. Это касается как содержания данных предписаний, так и неразрывно связанных с ними разного рода санкций и поощрений.

Говоря о Коране как об основе и первом источнике мусульманского права, в котором «людям приводятся всякие притчи» в надежде, что «может быть, они опомнятся» и исправятся, нельзя забывать и о таком ключевом источнике, как Сунна. В отличие от Корана, содержащего высказывания Аллаха Мухаммеду, Сунна является сборником адатов, традиций, касающихся действий и высказываний самого Мухаммеда, воспроизведенных и обработанных рядом известных в то время (VII— IX вв.) — время становления и развития мусульманского права — богословов и. юристов. Содержание Сунны составляют признанные достоверными Хадисы, каждый из которых представляет собой предание о поступках и изречениях Мухаммеда.

Сунна есть своеобразный итог толкования Корана самыми авторитетными в мусульманском мире в первые десятилетия после смерти Мухаммеда богословами и юристами. Сунна, так же как и Коран, не содержит каких бы то ни было ярко выраженных нормативных положений, четких указаний на права и обязанности сторон. В силу этого при рассмотрении конкретных дел судьи предпочитали обращаться к «книгам права», толкованиям широко известных правоведов, нежели к Корану или Сунне[[23]](#footnote-23). Аналогичная ситуация сохраняется в мусульманском мире и поныне, помимо Корана и Сунны существуют другие источники права.

Среди них следует выделить так называемую Иджму — согласованное заключение древних правоведов, знатоков ислама, об обязанностях верных, получившее значение юридической истины, извлеченной из Корана или Сунны. Иджма выступает в качестве своеобразного средства, способа восполнения пробелов в мусульманском праве в тех случаях, когда ни Коран, ни Сунна не могут дать убедительного ответа на возникающие вопросы.

При выработке Иджмы древние знатоки богословия и права неизменно исходили из двух непоколебимых постулатов-догм: а) единство и непогрешимость мусульманского общества, которое «не примет ошибочного решения», и б) чистота и непоколебимость мусульманской веры, исходящей от Аллаха. «Он — Аллах — един. Аллах вечный; не родил и не был рожден. И не был Ему равным ни один». Эти две догмы позволили признать религиозную и юридическую силу непосредственно не вытекающих из Корана или Сунны согласованных мнений, решений богословских и юридических авторитетов.

Источником мусульманского права издревле признается также рассуждение в области права по аналогии под названием «кияс». Суть кияса заключается в применении тех или иных установленных Кораном, Сунной или Иджмой предписаний в отношении новых, не предусмотренных этими источниками права случаев.

В научной литературе применительно к мусульманскому праву неоправданно указывалось на ограниченный характер аналогии. При помощи суждения по аналогии, резонно замечал Р. Давид, чаще всего можно найти решение, исходя из существующих норм права, лишь применительно к данному частному случаю. Однако нельзя надеяться приспособить при помощи этого метода всю систему мусульманского права к современности.

К тому же следует отметить, что подобная задача никогда не ставилась и не могла ставиться богословами и юристами исходя из религиозно-догматической основы данной правовой системы. Мусульманское право «не хочет быть отражением действительности. Это скорее свет, который должен вести верующих к религиозному идеалу, так как они не видят нужного направления. Идея приспособления права к эволюции фактов совершенно чужда этой системе».

Согласно теории мусульманского права — государство в лице суверена-монарха или же в более позднее время парламента не может творить право, законодательствовать. Суверен в исламистском понимании не господин, а слуга права. Мусульманское право создается самим Аллахом и его посланником и пророком Мухаммедом. Что же касается суверена, то он, следуя праву, издает лишь административные акты и следит за правильным осуществлением правосудия.

Сказанное относилось особенно к ранним этапам становления и развития мусульманского права. Сохранилось множество документальных материалов, свидетельствующих о полной обусловленности и подчиненности нормотворческой и судебной деятельности требованиям шариата, т. е. свода мусульманских правовых и теологических нормативов, провозглашенных исламом «вечным и неизменным» плодом божественных установлений.

Суд тоже мог осуществляться в рамках требований и на основе общепризнанных канонов ислама. Теоретически он вершился именем или от имени Аллаха. Практически же — специально избранным лицом (кади), которому властитель поручал выполнение судебных функций.

Несмотря на то что институт судейства считался весьма важным в обществе и играл в мусульманском мире огромную роль, отношение населения к нему и к самой судейской должности не всегда было однозначным.

Характерными уже для раннего ислама были предостерегающие рассуждения типа «Тот, кто станет судьей, будет зарезан без ножа». Или; «Из трех судей двое попадут в ад, а один в рай. Если человек обладает знаниями и судит на основе того, что знает, то он попадет в рай. Если же человек невежествен и судит на основе невежества, то он попадет в ад». Были и такие предостережения: «Судейство — это испытание и бедствие. Тот, кто становится судьей, предает себя гибели. Освоболиться от судейства трудно, но следует от него бежать тотчас же. Стремиться к нему глупо, хотя бы оно и оплачивалось».

Особо суровые предостережения, согласно установившимся традициям, звучали в адрес тех людей, которые сами добивались для себя должности судьи и стремились занять ее. Предание гласило, что такому человеку придется особенно туго, ибо помощи и поддержки Аллаха он не добьется и во всем должен рассчитывать только на себя. Для того чтобы этого не случилось и Аллах постоянно направлял судью на праведный путь, кандидат в судьи должен был всячески проявлять отвращение к занимаемой должности и демонстрировать по этому поводу свое неудовольствие.

Мусульманское право, констатирует в связи с этим Р. Давид, занимает по отношению к обычаю позицию, «схожую с отношением нашего западного права к оговорке о полюбовной или мировой сделках, которые в некоторых случаях признаются судьей».

Заинтересованным лицам разрешено в таких случаях организовать отношения между собой и урегулировать свои разногласия без вмешательства права.

Само собой разумеется, что не все обычаи одинаково воспринимаются и освящаются мусульманским правом. Некоторые из них категорически отвергаются им. Однако те, которые согласуются с ним, фактически расширяют сферу его приложения и дополняют его. В числе такого рода обычаев можно назвать обычаи, касающиеся размеров и способов выплаты приданого; осуждающие наряду с мусульманским правом необоснованное обогащение или получение «финансовых преимуществ без взаимного вознаграждения»; регулирующие совместное использование различными землевладельцами одних и тех же водных источников, и др.

Наряду с признаваемыми обычаями важное практическое значение для функционирования мусульманского права и его фактического приспособления к изменяющейся действительности имеют соглашения.

Так же как и обычаи, они не являются источниками права, однако играют важную роль в его эволюции.

Огромная возможность использования соглашений и обычаев в мусульманском праве предопределяется прежде всего тем, что оно при всей своей религиозной строгости и ортодоксальности оставляет широкое поле для самостоятельной деятельности субъектам правоотношений, для проявления ими инициативы. «Нет никакого преступления в заключении соглашений с учетом того, что предписывает закон»,— говорится в одном из актов-обычаев, из которых у ряда мусульманских народов формировалось обычное право.

Благодаря соглашениям зачастую вносились значительные изменения в существующие правовые нормы, которые согласно сложившимся представлениям о праве не всегда считались обязательными. В силу этого судебная практика ряда мусульманских стран допускала раньше- и допускает сейчас, например, при заключении браков или при решении других семейно-бытовых вопросов некоторые отступления от существующих правил (возможность расторжения брака по инициативе жены, а не только мужа; расторжение брака в случае нарушения мужем единобрачия и пр.)[[24]](#footnote-24).

Мусульманское право приспосабливалось к изменяющимся условиям с помощью не только актов суверена, обычаев и соглашений, но и так называемых юридических стратагем и фикций. Суть их заключается в том, чтобы, используя сложившиеся в правоприменительной практике многих мусульманских стран традиции, учитывать прежде всего букву, а не дух закона, внешние обстоятельства рассматриваемых дел, а не побудительные мотивы, обходить всякого рода приемами и оговорками действующие нормы мусульманского права. Например, запретительную норму на аренду земли обходят, не нарушая законодательства, путем замены ее на разрешенный законом договор товарищества. Запрет Кораном ростовщичества, выдачи займа под процент обходится путем ограничительного толкования круга лиц, на который распространяется. Утверждается, что данный запрет касается лишь частных лиц, но не банков и других соответствующих им институтов.

Всякого рода запретительные и ограничительные нормы в мусульманском праве обходятся также с помощью учета и использования того обстоятельства, что данное право, в основе которого лежат положения и догмы ислама, распространяется лишь на мусульман. Например, запрет на договор страхования между мусульманами обходится путем заключения его между мусульманином и немусульманином.

Отечественные и зарубежные ученые-юристы исходят из того, что не следует смешивать мусульманское (религиозное) право с позитивным правом, с позитивными правовыми системами мусульманских стран. Необходимо различать два близко стоящих друг к другу, но далеко не идентичных понятия: «мусульманское право» и «право отдельно взятых мусульманских стран». Такое различие существует не только в теории, но и в жизни каждой мусульманской страны, ибо, как в христианских и других странах, в исламе гражданское общество никогда не смешивалось с религиозным сообществом и живет преимущественно по своим писаным и неписаным законам, а отнюдь не только религиозным канонам.

Отмечая это обстоятельство, Р. Давид вполне резонно замечает, что гражданское общество в мусульманских странах «всегда живет под властью обычаев или законов», которые, безусловно, опирались в общем на принципы мусульманского права и отводили им серьезную роль. Однако в различные эпохи, в определенных странах и по определенным вопросам они в то же время могли отходить от ортодоксальных положений и входить в противоречие с принципами и нормами религиозного мусульманского права. Даже тогда, когда мусульманское право обладало самым высоким авторитетом, далеко не все его элементы имели одинаковое практическое значение.

В «смеси» правовых, моральных и религиозных положений и норм, составляющих мусульманское право, всегда были и есть юридические положения, предписания определенного поведения, нормы нравственной дисциплины. Исходя из этого, следует всегда отличать реальность утопии, существующие правовые нормы и действительные результаты юридической жизни от химер, созданных воображением теологов. Отчасти в силу этой причины мусульманское право воспринималось чаще всего «лишь частично как корпус права».

По мере развития общества дуализм правовых систем мусульманских стран не только не сокращался и не ослабевал, а, наоборот, все более расширялся и возрастал. Это объясняется многими причинами, в первую очередь усложнением социально-экономических, политических и иных отношений внутри самого общества, которые на определенном этапе уже не могут регулироваться только с помощью религиозных догм. Это объясняется также расширением и углублением связей между разными, в том числе исламскими и неисламскими, странами, объективно требующих развития не столько религиозного, сколько светского нормотворчества. Наконец, далеко не второстепенными причинами усиления правового дуализма в мусульманских странах являются факторы объективного «врастания» мусульманского права в правовые семьи и системы других стран, вестернизации, влияния западного права на правовую систему мусульманских стран.

Есть и другие причины усиления дуализма и приспособления правовых систем, существующих в мусульманских странах, к изменяющейся в мире экономической и социально-политической среде, то, и они весьма разнообразны. Но все вместе и каждая в отдельности они обусловили в ряде мусульманских стран радикальную модернизацию правовых систем, проведение во многих из них прозападных правовых реформ, кодификации законодательства, реорганизации судебных систем и пр.

Справедливости ради следует сказать, что если мусульманское право подверглось вестернизации, то некоторые правовые институты ряда мусульманских стран охватила за последнее столетие исламизация. В связи с этим некоторые западные авторы предрекают, что иные правовые системы будут непременно подвергнуты не только рецепции западных правовых институтов, вестернизации, но и одновременно исламизации.

**ЗАКЛЮЧЕНИЕ**

В моей работе были рассмотрены основные черты наиболее значимых правовых систем современности. В заключение хотелось бы сказать, что конечно, как нет ничего совершенного, так и нет совершенной правовой системы. Каждая из них имеет свои плюсы и минусы. Романо-германская правовая система, к которой относится и наше государство, имеет большое количество плюсов. Так как она четко кодифицирована, с ней легче работать в юридической практике. С другой стороны, так как ее основа состоит из законов, она менее гибкая, чем англосаксонская правовая система, где основную роль играют прецеденты. Но правоприменительная деятельность в этой правовой системе достаточно затруднена из-за бессистемности и недостаточной кодификации права.

Сейчас время когда правовые системы стран мира сближаются, приобретают все больше общих черт. Быстро растет роль международного права, в особенности международного экономического торгового право и, естественно, это не может не повлиять на право самих государств. Так в странах принадлежащих к романо-германской правовой системе все больший вес приобретает судебный прецедент, в странах с англосаксонской правовой системой наблюдается тенденция к кодификации и увеличению роли закона.

Для романо-германской правовой семьи характерны:

более высокий уровень абстрактности норм права по сравнению с нормами англо-американского права;

схожесть – юридической терминологии, методов работы юристов, системы их профессиональной подготовки;

преобладание материального права над процессуальным;

наличие крупных актов кодификации, т.е. кодексов в основных отраслях права.

Разумеется, что для этого российская правовая система должна идти своим путем, но вместе с основными правовыми системами современности. При этом не следует избегать ориентира на международно-правовые и передовые зарубежные юридические стандарты, в частности романо-германской правовой семьи.

Романо-германская правовая семья дает России не только исторически оправданный и упрочившийся выбор юридических конструкций (правопонимание, система и источники права, правоприменение), но и другие преимущества, вытекающие из признания общепризнанных принципов и норм международного права частью правовой системы России.

Для России, в которой происходит коренная перестройка ее правовой системы, огромное значение имеет использование правового опыта других стран. Именно поэтому, как было сказано выше, развитие этой отрасли правовой науки особенно актуально в настоящее время.

**ЛИТЕРАТУРА**

Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 2. М. - 2003.

Алексеев С. С. Проблемы теории права: Курс лекций. Свердловск, 2003.

Бабаев В.К., Баранов В. М., Толстик В. А. Теория государства и права в схемах и определениях М 2005.

Бержел Ж.Л. Общая теория государства и права / Под редакцией В. Н. Даниленко. М 2000.

Большой юридический словарь под редакцией А. Я. Сухарева, В. Е. Крутских // М 2000.

Вишневский А.А. Каноническое право в Западной Европе. М., 2004.

Григонис Э. П. Теория государства и права: курс лекций СПб 2002.

Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 2001.

Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современ ности. М., 1996.

Енгибарен Р. В., Краснов Ю. К. Теория государства и права М 2006.

Кнапп В. Крупные системы права в современном мире // Сравнительное правоведение: Сб. статей / Отв. ред. В.А. Туманов. М., 2002.

Коваленко А. И. Общая теория государства и права: ТЕИС. 2006.

Комаров С. А. Общая теория государства и пава: курс лекций М 2006

Комаров С. А. Общая теория государства и права. Саранск. 2005.

Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права. М. 2007.

Морозова Л. А.. Теория государства и права: учебник М 2002.

Муромцев Г.И. Конституции арабских государств. М., 2002.

Мухаев Р. Т.. Теория государства и права: учебник для вузов М 2001.

Назаренко Г. В.. Теория государства и права: учебное пособие М 2006.

Общая теория государства и права: учебник для юридических вузов / под редакцией А. С. Пиголкина. М 2006.

Решетников Ф.М. Правовые системы стран мира: Справочник. М., 2003.

Савельев В.А. Германское гражданское уложение. М., 1999.

Саидов А.Х. Введение в правовые системы современности / Отв. ред. В.А. Туманов. Ташкент. 2003.

Саидов А.Х. Основы мусульманского права: Курс лекций. Ташкент, 2003.

Саидов А.Х. Сравнительное правоведение и юридическая география мира. М., 2003.

Синюков В.Н. Российская правовая система: Введение в общую теорию. Саратов, 2001.

Спиридонов Л. Н. Теория государства и права: учебник М. 2001.

Сырых. В. М. Теория государства и права: учебник М 2001.

Сюкияйнен Л.Р. Доктрина как источник мусульманского права // Ис точники права. М., 2000.

Сюкияйнен Л.Р. Мусульманская государственно-правовая доктрина // Современное буржуазное государственное право. М., 2000. Кн. 1.

Сюкияйнен Л.Р. Мусульманское право: Вопросы теории и практики. М., 2001.

Сюкияйнен Л.Р. Шариат и мусульманско-правовая культура. М., 1999.

Теория государства и права / Под. ред. А. И. Денисова. М. - 2003.

Теория государства и права. Курс лекций / Под ред. М. Н. Марченко. - М. - 2006.

Теория государства и права: Курс лекций / Под редакцией Н. И. Матузова и А. В. Малько М 2006

Теория государства и права: учебник / Ответственный редактор Г. Н. Манов. М 2006.

Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. М., 2002.

Туманов В.А. Вступительная статья // Французская республика: Кон ституция и законодательные акты. М., 1999.

Французская Республика: Конституция и законодательные акты. М., 1999.

Хайдарова М.С. Основные направления и школы мусульманского права // Мусульманское право. М., 2004.

Хидоя: Комментарии мусульманского права / Отв. ред. А.Х. Саидов. Ташкент, 2003.

Цвайгерт К, Кётц X. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. М., 1999. Т. 1.

Цвайгерт К., Кётц X. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. М., 1999. Т. 2.

1. Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 2001; Давид Р., Марченко М. Н. Сравнительное правоведение. М., 2001; Саидов А. Л. Введение в сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / Под ред. В. А. Туманова. М., 2000. [↑](#footnote-ref-1)
2. Словарь русского языка. Т. II. С. 54. [↑](#footnote-ref-2)
3. Философский энциклопедический словарь. С. 256. [↑](#footnote-ref-3)
4. Григонис Э. П. Теория государства и права: курс лекций СПб 2002. с. – 202. [↑](#footnote-ref-4)
5. Коваленко А. И. Общая теория государства и права: М.: ТЕИС. 2006. с. - 235 [↑](#footnote-ref-5)
6. Мухаев Р. Т.. Теория государства и права: учебник для вузов М 2001. с. – 325. [↑](#footnote-ref-6)
7. Мухаев Р. Т.. Теория государства и права: учебник для вузов М 2001. с. – 328. [↑](#footnote-ref-7)
8. Саидов А.Х. Сравнительное правоведение и юридическая география мира. М., 2003. с. – 128. [↑](#footnote-ref-8)
9. Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. М., 2002. с. – 254. [↑](#footnote-ref-9)
10. Синюков В.Н. Российская правовая система: Введение в общую теорию. Саратов, 2001. с. – 85. [↑](#footnote-ref-10)
11. Синюков В.Н. Российская правовая система: Введение в общую теорию. Саратов, 2001. с. – 90. [↑](#footnote-ref-11)
12. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1996. с. -325 [↑](#footnote-ref-12)
13. Косарев А. И. Англосаксонская и романо-германская формы буржуазного права. Калинин, 1997. с. – 127. [↑](#footnote-ref-13)
14. Давид P., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М.: 2001 с. – 340. [↑](#footnote-ref-14)
15. Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права. М. 2007. с. – 389. [↑](#footnote-ref-15)
16. Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права. М. 2007. с. – 391. [↑](#footnote-ref-16)
17. Общая теория государства и права: учебник для юридических вузов / под редакцией А. С. Пиголкина. М 2006. с. – 228. [↑](#footnote-ref-17)
18. Апарова Т. В. Суды и судебный процесс Великобритании. Англия, Уэльс, Шотландия. М., 1996. с. – 57. [↑](#footnote-ref-18)
19. Кнапп В. Крупные системы права в современном мире // Сравнительное правоведение: Сб. статей / Отв. ред. В.А. Туманов. М., 2002. с. – 31. [↑](#footnote-ref-19)
20. История государства и права зарубежных стран. Часть 1 / Отв. ред. О. А. Жидков и Н. А. Крашенинникова. М., 2006. с. 359. [↑](#footnote-ref-20)
21. Хрестоматия по исламу. М., 2004. с. 9. [↑](#footnote-ref-21)
22. Хрестоматия по исламу. М., 2004. с. 9. [↑](#footnote-ref-22)
23. Общая теория государства и права: учебник для юридических вузов / под редакцией А. С. Пиголкина. М 2006. С. 379. [↑](#footnote-ref-23)
24. Мухаев Р. Т.. Теория государства и права: учебник для вузов М 2001. с. – 391. [↑](#footnote-ref-24)