**Введение**

Тема этой курсовой работы «Современные правовые системы африканских стран».

Данная тема курсовой в современных условиях достаточно актуальна. Понимание современного позитивного права невозможно вне его генезиса, вне первоначальных форм возникновения и развития. У всех народов правовые обычаи являлись первичной формой соционормативного регулирования, что как раз подчеркивается в трудах компаративистов.

Следует также учитывать, что процесс формирования государственноорганизованного права никогда не может быть окончен, и одним из проявлений его незавершенности оказывается становление новых обычно-правовых форм, как в сфере публичного, так и частного регулирования общественных отношений.

Изучение правовых обычаев в сравнительном аспекте и показ их места в системе источников (форм) действующего права позволяет более широко представить структуру правовой системы той или иной страны. Кроме того, детальное изучение форм существующего права опирается на общие принципы и особенности соционормативной культуры различных цивилизаций и народов, что актуально в условиях формирующегося мультикультурного общества. [[1]](#footnote-1)

Степень разработанности темы. Проблемы исторического и цивилизационного бытия правовых обычаев и, в целом, обычного права активно исследовались как российскими, так и зарубежными ученымиправоведами. Особо следует отметить представителей российской юриспруденции конца X I X – начала X X в. в её социологическом измерении, а именно: Ю.С. Гамбарова, К.Д. Кавелина, А. Муромцева, С В. Пахмана, Б.А. Кистяковского.

Среди современных ученых, разрабатывавших проблематику правовых обычаев следует указать А.Х. Саидова, Л.И. Спиридонова, И.Л. Честнова, И.Б. Ломакину, Ю.И. Гревцова, М.Н. Марченко, A.B. Полякова, И.Я. Киселева, Л.Р. Сюкияйнена, А.Х. Саидова, О.Ф. Скакуна, И.Е. Синицыну, Т.В. Синякову, А.И. Ковлера и др. Среди зарубежных исследователей правовых обычаев различных народов следует указать Рулана, А..Р. Рэдклифф-Брауна, Э.Э. Эвакс-Причарда, Г. Мэна, Б. Малиновского, Р. Давида, К. Цвайгерта, X. Кетца, К. Осакве и др.

Несмотря на довольно обширную литературу юридического, антропологического и социологического характера, посвягценную различным аспектам формирования и функционирования правовых обычаев, крайне редко встречаются исследования, направленные на комплексный анализ обычаев в праве.

Объектом исследования выступает правовой обычай как форма действующего права в исторической ретроспективе и сравнительном аспекте. Предметом исследования являются закономерности формирования и функционирования правового обычая как формы действующего права, а также факторы, влияющие на этот процесс.

Цель исследования – комплексный анализ проблем формирования и функционирования правового обычая как формы действующего права в различных правовых системах современности.

Для реализации данной цели поставлены следующие задачи:

– проанализировать историческое развитие правового обычая как первичной формы нормативного регулирования общественных отношений;

– рассмотреть методологические основы исследования правового обычая как элемента правовой реальности;

– определить влияние основных правовых семей на традиционное африканское обычное право.

Работа состоит из введения, 3 разделов, заключения и списка использованной литературы. В введение рассматривается актуальность и научное значение работы, были сформулированы цели и задачи исследования, определяет предмет данной работы.

В 1 главе «Формирование африканской правовой семьи» 2 подраздела : «Предпосылки формирования обычно-правовой семьи на континенте «, «Историческое развитие стран Африки в правовом аспекте». Рассмотрены особенности и историческое развитие правовых систем африканских стран.

В 2 главе «Традиционное африканское обычное право: основные особенности» 3 подраздела: «Понятие и источники африканского обычного права», «Современные правовые системы африканских стран» и «Особенности судебной системы стран Африки».

В 3 главе «Влияние основных правовых семей на традиционное африканское обычное право», рассматривается, что влияние основных держав-колонизаторов стало доминирующим. Ряд особенностей отличает прецедентное право в африканских странах общего права. В них происходит рост национального прецедентного права.

**1. Формирование африканской правовой семьи**

**1.1 Предпосылки формирования обычно-правовой семьи на континенте**

Начиная с 30-х гг. 19 века в странах Африки проходила Великая Колонизация. После ее окончания народы стали укоренятся и образовывать слои общества. Страны Африки, входившие в Британскую империю, считают себя сейчас странами общего права, а страны, входившие во Французскую империю – старое Бельгийское Конго, Руанда и Бурунди, – примыкают к системе романо-германского права.[[2]](#footnote-2) В данном случае имело место двойное развитие. С одной стороны, произошла рецепция современного права, затронувшая прежде всего те сферы, где особенно ощущался переход к новой цивилизации и где, следовательно, традиционные обычаи были практически бесполезными. С другой стороны, можно отметить преобразования обычного права даже и там, где оно давало полную регламентацию. Это происходило либо потому, что держава – колонизатор не рассматривала его как достаточно цивилизованное, либо потому, что обычное право было вынуждено приспособиться к изменениям в других областях.

Африка к югу от Сахары и Мадагаскар в течение многих веков жили по нормам обычая.[[3]](#footnote-3) Повиновение обычаю было в основном добровольным. Каждый считал себя обязанным жить так, как жили его предки; чаще всего было достаточно боязни сверхъестественных сил, чтобы заставить уважать традиционный образ жизни. Если новые обстоятельства ставили перед данным сообществом какую-либо проблему, то известный уровень организованности обычно позволял принять необходимые меры или установить определенную линию поведения.

Обычаи Африки и Мадагаскара были многочисленны. Каждая из общин удовлетворяла самого себя, имела свои собственные нравы и обычаи. Различия между обычаями одного района или одной этнической группы были незначительными, а иногда носили просто ничтожный характер. Напротив, они могли стать значительными вне этих границ. В Африке имелись народности с монархическим режимом и с режимом демократическим. В достаточном количестве имелись и первобытные племена, где с трудом можно найти элементы какой-либо политической организации. Семья в Африке была иногда матриархальной, иногда патриархальной, причем оба эти типа встречались в многочисленных вариантах. Использование земли осуществлялось в разных местах по самым различным нормам.

Означает ли сказанное, что внутри этого права не существует никакого единства? Признавая крайнее обилие обычаев на континенте, разделенном на множество общин, все исследователи, тем не менее, констатируют, что имеется нечто общее: определенные черты, отличающие африканское право от европейского. Этот признаваемый всеми вывод английский автор А. Эллот выражает следующими словами: «Правовые системы Африки обладают таким сходством в том, что касается процесса, принципов, институтов и техники, что представляется возможным говорить о них общим образом; можно считать, что они образуют семью, хотя и неизвестно, кто был их общим предком».

Эволюция права, имевшая место во времена колонизации, была необходима. И получение независимости африканскими странами ни в коем случае не означало реакции на эту эволюцию. Все право западного толка, установленное державами – колонизаторами, было подтверждено в новых государствах. В то же время, вместе с независимостью возобладало новое отношение к традиционному праву. Период колонизации Африки создал предпосылки для заимствования современного законодательства, судебной системы, но принципиально не изменил образ правового сознания большинства сельского населения, которое продолжает ориентироваться на прежнюю систему ценностей. В настоящее время лидеры независимых африканских государств осуществляют систематизацию действующих обычаев, включают их в отраслевые кодексы, иные нормативные акты, но при этом нередко игнорируют обычаи других проживающих в данных странах народностей, социальных групп. Такие же трудности возникают при создании судебных органов власти и формировании судебного процесса. Суд, призванный (с точки зрения европейской правовой традиции) решать споры между равными и независимыми участниками, оказывается чужеродным для трибы, клана, где каждый житель является частью единой социальной группы, связан с другими ее представителями и где внутренние конфликты решаются не путем признания права того или другого лица, а путем их примирения. Таким образом, современное состояние правового развития Африки можно охарактеризовать как сложный переходный период определения путей и способов взаимодействия двух правовых культур: законодательно-прецедентной европейской и обычно-правовой африканской.

В традиционном образе жизни не все необходимо отвергать. В частности, солидарность между членами группы является тем позитивным элементом, который следует сохранить. Хотя страны Африки в какой-то мере и заимствуют западные идеи, но в значительной мере остаются верны взглядам, в которых право понимается совсем иначе и не призвано выполнять те же функции, что в западных странах. Можно сказать, что африканский обычай основан на идеях, полностью отличающихся от господствующих в современной западной мысли.

**1.2 Историческое развитие стран Африки в правовом аспекте**

обычай право традиционный африканский

С началом колонизации в Африке широкое распространение получает христианство и ислам. Ни одна из этих религий не одержала полной победы, но обе они оказали значительное влияние на население большей части Африки.

Обычаи, даже если им и продолжали следовать, потеряли в глазах населения былую связь со сверхъестественными силами. Люди продолжали жить так же, как и ранее; у них не хватало мужества для перестройки, но они знали отныне, что живут не по божьим законам.

Идея права проложила себе путь в Африке, как и в Европе: христианизация и исламизация лишили обычаи их сверхъестественного и магического основания, они открыли путь к их упадку.[[4]](#footnote-4) Даже до колонизации в Африке ощущались посторонние влияния. Это относится главным образом к христианству и исламу.

Распространение христианства в Африке происходило в течение двух периодов. Эфиопия стала христианской страной в начале IV века. Обращение в христианство других частей Африки и Мадагаскара, напротив, имело место в связи с появлением в этих странах европейцев главным образом в XIX веке. Ни христианство, ни ислам не одержали полной победы, но обе эти религии постепенно оказали значительное влияние на население большей части Африки. Каково же их влияние на обычай? Это влияние было различным. Обычаи зачастую продолжали действовать, даже если они и противоречили новой вере. Как в исламских, так и в христианских странах считалось, что человек греховен и человеческие общества являются в Африке градом Господним не более, чем в остальном мире.

Христианизация и исламизация помимо тех изменений, которые они смогли привнести в обычаи, имели, однако, и другой очень важный эффект. Обычаи, даже если им и продолжали по-прежнему следовать, потеряли в глазах населения былую неразрывную связь со сверхъестественными силами. Вместо того чтобы казаться данными миропорядком, они стали лишь признаком несовершенного общества. Люди продолжали жить так же, как и ранее; у них не имелось достаточно мужества для перестройки, но они знали отныне, что живут не по божьим законам, не по «праву».

Обычаи сохраняли свое фактическое социологическое значение, но их авторитет был разрушен, как только получила распространение идея нового социального и морального порядка, отличающегося от обычаев и высшего по отношению к ним. С учетом всех особенностей можно, тем не менее, провести известную аналогию между сложившимся положением и ситуацией в Европе, когда началась рецепция римского права. Там продолжали свое существование региональные и местные обычаи, но под правом понималось уже нечто другое, иная группа норм. Идея права проложила себе путь в Африке, как и в Европе: христианизация и исламизация лишили обычаи их сверхъестественного и магического основания, открыли путь к их упадку.

В XIX веке вся Африка подпала под господство европейцев. Позиция англичан, с одной стороны, и латинских народов – с другой, была, в принципе, различной. Французы, испанцы и португальцы проводили политику ассимиляции, основанную на постулатах – равной ценности людей и превосходстве европейской цивилизации. Англичане, напротив, проводили политику косвенного управления; в целом они менее стремились к преобладанию их концепций на подвластных территориях. Противоположность этих двух политик очевидна. Формула колонии, непосредственно управляемой метрополией, была принята в латинских странах; англичане же более охотно склоняются к формуле простого протектората.

После колонизации африканского континента в XIX в. английские, французские, португальские и бельгийские власти в основном стремились внедрить в африканских странах право, действовавшее в метрополии, и свою судебную систему.[[5]](#footnote-5) Французское право внедрялось во французской Африке и на Мадагаскаре, бельгийское – в Конго, португальское – в Анголе и Мозамбике, английское – в колониях Англии. Метрополиями был принят также целый ряд актов специально для колоний. В то же время колонизаторы проводили политику сохранения той части обычного права и африканского судопроизводства, которая, по их мнению, не противоречила их интересам. Таким образом, в результате колониального правления возникла тройственная система колониального права, включающая право метрополий, специальные колониальные законы и обычное право. Первые два компонента охватывали по преимущество административное, торговое, уголовное право. Традиционные области отношений – землевладение, семейное и наследственное право – остались в сфере действия обычного права. Во многих колониях были запрещены некоторые обычаи, признанные варварскими, например, рабство.

В колониях действовали колониальные суды с европейскими судьями, руководствовавшимися правом метрополии и колониальным законодательством, а также местные суды, где правосудие обычно осуществляли местные вожди, старейшины, а решения принимались в соответствии с обычным правом.

**2. Традиционное африканское обычное право: основные особенности**

**2.1 Понятие и источники африканского обычного права**

Обычаи принято определять как устойчивые и достаточно распространенные в определенной сфере правила поведения, которые в результате многократного, длительного повторения становятся привычкой, обыкновением, соблюдаемыми добровольно. Привычки – мощное средство формирования менталитета личности.

Обычаи устанавливают целесообразные рамки совершения различных поступков. Поэтому в роли обычаев могут выступать и производственные навыки, и религиозные обряды, и гражданские праздники. В обычае закрепляется не только правило поведения, но и последовательность совершения определенных поступков.

Обычаи передаются из поколения в поколение, многие из них живут веками и тысячелетиями, освящены заветами предков. Новое право молодых развивающихся государств в результате особенностей их исторического развития сочетается с мусульманским, индусским правом, а также с обычным правом, которое все еще действует в достаточно широкой сфере отношений. До настоящего времени многим нормам обычного права следует большинство населения африканского континента.

Термин «обычное право» чаще всего используют для обозначения традиционного права, существовавшего у африканских народов до колонизации. За исключением весьма немногочисленных примеров письменных источников отдельных племен, традиционное право представляет собой совокупность неписаных правил, изустно передаваемых из поколения в поколение и не сформулированных в каких-либо юридических и литературных текстах.

Обычное право – это совокупность стихийно возникающих неписаных норм – обычаев (правил поведения), санкционированных государственной властью. В юридическую систему входит только тот обычай, который выполняет функции правовой нормы, т. е. выражает интересы и волю экономически и политически господствующего класса, приспосабливается государством к конкретным политическим и экономическим условиям. Историческими памятниками, в которых значительное место занимала запись обычаев, являются, например, законы Хаммурапи, законы Двенадцати таблиц, Салическая правда, Русская правда. В ряде стран Западной Европы (например, во Франции) Обычное право играло значительную роль в эпоху феодализма вплоть до формирования централизованных абсолютных монархий (см. Кутюмы). Рост буржуазных общественных отношений, развёртывание производства и товарооборота потребовали введения твёрдых гарантий стабильности этих отношений, т. е. создания системы норм права, установленных государством. В современных буржуазных государствах Обычное право существенного значения не имеет (за исключением судебной практики, где его нормы используются для разрешения судебных дел в соответствии со сложившимися обычаями).

Под системой обычного (традиционного) права понимается существующая в странах экваториальной, южной Африки и в Мадагаскаре форма регламентации общественных отношений, основанная на государственном признании сложившихся естественным путем и вошедших в привычку населения социальных норм (обычаев).[[6]](#footnote-6) Обычай является наиболее древним источником права, известным всем правовым системам, однако если в странах романо-германского и англосаксонского права он выполняет лишь второстепенную роль, то в Африке он был и продолжает оставаться важным регулятором общественных отношений, особенно за пределами городов.

Многочисленные народности Африки имеют свои обычаи, призванные обеспечить единство, сплоченность социальной группы (трибы, рода, деревни), уважение памяти предков, связь с окружающей природой, духами, другими сверхъестественными силами. Мифический характер обычаев, их плюрализм (множественность), неформализованность и разрозненность не позволяют эффективно использовать их для создания национальных правовых систем по типу европейских.

Важной чертой африканского обычного права является то, что оно регулирует отношения в первую очередь групп или сообществ, а не отдельных индивидов. Так, брачный договор представлял собой скорее соглашение двух семей, нежели союз двух индивидов; развод был возможен лишь с согласия семей. Имущество по наследству тоже, как правило, переходило не к индивидам, а к семьям или группам. При возмещении ущерба выплату производила обычно одна семья или клан другой семье или клану. Правами на землю по обычаю был наделен не индивид, а группа. Хотя отдельное лицо могло пользоваться землей, но в конечном итоге она принадлежала общине или группе. Тяжбы в африканском обществе также возникали главным образом между сообществами и группами. И, наконец, принцип коллективизма касался и ответственности за проступки: она являлась как бы ответственностью семьи или группы родственников за деяния отдельных ее членов.

Обычное право – это первоначальная форма положительного нрава. Тем не менее признание обычая самостоятельным источником права установилось лишь во второй четверти настоящего столетия. До того, единственным самостоятельным источником права признавалось законодательство. Однако, лишь немногие решались безусловно отрицать обязательную силу обычаев. Наиболее известными представителями этого мнения в прошлом столетии были Томазий и Грольман. Самое большее, что они допускали, это признание обычая за основание предполагать существование согласного с ним договора или закона. Большинство, напротив, не решаясь отрицать факта существования обычного права, не признавало, однако, за ним самостоятельного значения. В демократических государствах, где законодательная власть принадлежит народу, обычное право признавалось лишь особой формой законодательства. Основа обязательной силы закона и обычая принималась одна и та же – воля народа, в одном случае получающая прямое выражение, в другом – выражающаяся в фактах, по которым уже заключают о ее существовании (facta concludentia). Ha почве таких воззрений выработалось понятие о молчаливо установленном законе, lex tacita, заменявшее собою для республик понятие обычного права. К монархическим государствам, особенно самодержавным, какими были большинство государств Европы в прошлом столетии такое объяснение было, конечно, неприложимо, так как в них законодательная власть не принадлежит народу. Поэтому тут для объяснения обязательности обычного права прибегали к учению о признании силы обычая законодателем. Утверждали, что обычай получает обязательную силу лишь под условием согласия на то законодательной власти (consensus imperantis). Спор шел только о том, каково должно быть это согласие: общим ли в отношении ко всем обычаям вообще (consensus generalis), или специальным для каждого отдельного обычая (consensus specialis)? Одни требовали, как, напр., Шеман, специального согласия, для всех тех обычаев безразлично, другие, напр., Гуфеланд, Тибо, Глюк, только для обычаев, дероги-рующих закон; Гепфнер, Вальцен, Кестнер признавали достаточным во всех случаях одного общего согласия. Специальное предполагалось выраженным молчаливо, посредством допущения властью применения обычая. Общее согласие, напротив, считали прямо выраженным в Corpus Juris civilis.

Источники современного права стран Африки и Мадагаскара характеризуются «правовой многослойностью»: [[7]](#footnote-7)

* традиционно-обычные нормы;
* нормы и принципы, привнесенные в период колониального господства законами и иными актами европейских государств;
* нормы общетерриториального права, создаваемые в результате проведения кодификации с учетом норм обычного права, а также утвердившихся нормативных актов европейских государств с приоритетным заимствованием норм английского права;
* нормы африканских межгосударственных объединений;
* нормы международного права.

Со времени обретения независимости (50–60 гг. XX в.) в странах Африки происходит дальнейшее изменение обычного права под влиянием современного законодательства и судебной системы бывших метрополий.[[8]](#footnote-8) Предпосылки для этого созданы в период колонизации Африки:

– традиционные общинные (племенные) установления об урегулировании конфликтов постепенно сменились правовыми нормами западного образца;

– судопроизводство местных судов, производившееся на основе норм обычного права, перешло к разбирательству дел с учётом европейского права;

– введены законы, которые (не отменяя норм обычного права) открыли возможность местным жителям регулировать свои отношения нормами иностранного (колониального права;

– отменены обычаи, которые признаны бесчеловечными (рабство, нанесение увечий и др.).

Среди прочих факторов, вызывающих кардинальное изменение или отмену норм обычного права, следует признать рост правосознания руководящих лиц государств. Так, в Эфиопии по инициативе императора Хайле Селласие 1 предпринято обновление права страны путём кодификации, в результате которой в ряде сфер правового регулирования созданы новые нормы, а в других – сильно изменены обычаи. Как заявил министр юстиции Мадагаскара, «цель закона – трансформировать традиции, чтобы открыть путь к социальной и экономической эмансипации; он не может поэтому не войти в противоречие с обычаем». [[9]](#footnote-9)

В монархических арабских государствах изменился обычай наследования старшим сыном царствующего монарха. Например, наследником в Кувейте может быть назначен любой сын монарха, в Катаре – любой из его родственников. В ряде государств кандидатура преемника, предложенная монархом, подлежит утверждению национальным собранием.

Для большинства африканских государств общими тенденциями стали:

– проведение унификации обычного права, отказ от бессмысленного дробления права (на Мадагаскаре в 1957 г., в Танганьике в 1961 г. и в других странах);

– включение действующих обычаев в отраслевые кодексы и другие нормативные акты (при нередком игнорировании обычаев других народностей, социальных групп, которые проживают на территории данной страны);

– проведение огромной законодательной работы;

– заимствование норм обязательственного, торгового, административного, уголовного и других отраслей права у бывших метрополий при создании национальных кодексов. В Эфиопии за период 1957–1965 гг. вступили в силу 5 кодексов, которые близки моделям кодексов Наполеона. В странах французского языка за эти годы создано свыше 100 кодексов. Приняты важные законы в странах английского языка – Гане, Нигерии, странах Восточной Африки;

– формирование общетерриториального права, создание единой национальной правовой системы в пределах своей территории, ставшее возможным и необходимым в условиях деколонизации стран Африки и Мадагаскара.

Несмотря на формирование общетерриториального права, сопровождаемое вытеснением или ограничением обычного права, правовое сознание большинства сельского населения принципиально не изменилось. Сельские жители продолжают ориентироваться на нормы обычного права;

**2.2 Современные правовые системы африканских стран**

Третий этап развития африканского права связан с получением государствами Африки национальной независимости.[[10]](#footnote-10) Здесь наблюдаются две тенденции. С одной стороны, сохранялись почти без изменений прежние принципы, законы и иные нормативные акты, привнесенные из других правовых семей. Устойчивость уклада жизни сказалась и в данной сфере. С другой стороны, интенсивно развивается национальная правовая система африканских государств.

Основные тенденции развития права африканских стран в условиях национальной независимости характеризуются, преодолением колониальных наслоений (хотя на первых этапах колониальные законы продолжали действовать), а также – ограничением регулирующего значения правового обычая по мере того, как расширялся круг отношений, охватываемых национальным законодательством. В бывших французских колониях после получения независимости принято более ста кодексов. Равным образом приняты крупные законы в англоязычных странах. В большинстве независимых государств Африки действуют новые конституции. Законодательная деятельность охватывает прежде всего такие отрасли современного права, как конституционное, обязательственное, уголовное, судоустройство.

Во многих государствах принят ряд прогрессивных норм, заимствованных из законодательства западных стран.[[11]](#footnote-11) В частности, введен восьмичасовой рабочий день, установлены минимум зарплаты, в том числе и для работников частных предприятий, оплачиваемые отпуска, пенсионное обеспечение, бесплатное медицинское обслуживание. Осуществлены серьезные законодательные меры по эмансипации женщин.

В то же время деколонизация сопровождалась декларациями о большом значении обычного права, необходимости его сохранения. В Мадагаскаре, например, представительная ассамблея приняла в 1957 г. решение о кодификации обычаев, а в Нигерии региональные ассамблеи взяли на себя инициативу подготовки компиляций, придававших обычаям санкционированный властью характер.

К настоящему времени практически завершилась работа по унификации обычного права всех танганьикских племен. В некоторых африканских странах проводились реформы, ставившие целью создание единой кодификации и законодательных, и обычных норм. Они удались лишь применительно к отдельным отраслям права, например к уголовному.

В колониальный период в британских колониях (за исключением Сьерра-Леоне) действовал уголовный кодекс, основанный на английском общем праве. Наряду с этим местные суды рассматривали деяния как уголовные, руководствуясь сложившимися обычаями. После получения независимости некоторые страны включили составы, основанные на обычае, в уголовный кодекс. Большинство стран посту пило еще проще, отменив основанное на обычае уголовное право и провозгласив уголовный кодекс единственным актом, который определяет, какие действия считаются преступными, и устанавливает вид и размер наказания за них. Таким образом, обычное уголовное право как бы прекратило здесь свое существование.

Значительно сложнее оказалось проведение реформ в области брачно-семейного и наследственного права. Хотя такие попытки и делались, дуализм законодательного и обычного права в этих сферам не был преодолен.

В 1962 г. в Гане был опубликован проект закона о браке, разводе и наследовании. Однако судьба этого законопроекта оказалась неудачной. Трижды предпринимались попытки претворить его в жизнь, но безуспешно. В Кении для поставленной задачи были учреждены две комиссии. Одна занималась вопросами заключения и расторжения брака, другая – вопросами наследования. Комиссии в сентябре 1968 г. представили итоговые отчеты. В них содержался перечень рекомендаций (и законопроектов), целью которых становилась замена разнообразных и по-разному применявшихся норм брачного и наследственного права – обычно-правовых, законодательных, английских прецедентов, исламских и индусских норм – одним кодексом, применимым ко всем кенийцам независимо от расовой и племенной принадлежности, вероисповедания.

Сказанное дает основание утверждать, что традиционное африканское обычное право бесспорно утрачивает, а в некоторых случаях уже утратило многие свои первоначальные черты. Оно в значительной своей части стало объектом систематизации и кодификации.

Хотя арбитраж, свойственный обычному праву, все еще практикуется и даже косвенно признается в некоторых странах, он испытывает неизбежное влияние идей о праве и судебных процедурах, которыми руководствуются современные официальные суды. В целом же он в значительной мере уступил место формализованной судебной системе, оснащенной детальными правилами разбирательства дел.

Основные тенденции развития права в условиях национальной независимости характеризуются, с одной стороны, преодолением колониальных наслоений, а с другой – ограничением регулирующего значения правового обычая по мере того, как расширяется круг общественных отношений, охватываемых действием национального законодательства.[[12]](#footnote-12)

Что касается возможностей учета элементов обычного права в процессе законодательной деятельности, то ученые справедливо говорят, что использование освободившимися государствами обычного права не может не носить ограниченного характера. Обычное право, по-видимому, может сохраниться лишь в той части, которая, получив в модифицированном виде законодательное закрепление, станет составной частью единой правовой системы, отражая особенности исторического развития народов Тропической Африки. Особенно важным здесь представляется сохранение и превращение в закон тех обычаев, которые издавна использовались общинным крестьянством для отстаивания коллективных начал производства в борьбе с феодально-племенной знатью, стремившейся подчинить общину своим интересам. Как показывает опыт правового строительства независимых государств Африки, национальное законодательство на первых порах сохраняет нить «преемственности» с исторически сложившимися нормами обычного права. Процесс вытеснения норм обычного права из сферы правового регулирования в африканских странах весьма сложен и длителен по своему характеру. В целом же главная тенденция развития обычного права в молодых государствах характеризуется ограничением регулирующего значения правового обычая и расширением круга общественных отношений, охватываемых действием национального законодательства.

Современный этап развития африканской правовой семьи характеризуется правовой многослойностью, но с более отчетливой тенденцией к оригинальным юридическим конструкциям и способам правовой регламентации. Сильнее сказывается и воздействие норм африканских межгосударственных объединений и институтов, а также общих норм международного права. Общей тенденцией многих африканских стран является также постепенное формирование общетерриториальной правовой системы. С усилением роли конституционного права как юридического фундамента государственной независимости нормы обычного, колониального и английского права преобразуются в нормы общетерриториального права. Его источники еще находятся на этапе становления.

Таким образом, традиционное африканское право, бесспорно, постепенно утрачивает, а в некоторых случаях уже утратило свое регулирующее значение. Его нормы по своему социальному содержанию плохо согласуются с тенденциями развития молодых развивающихся государств, стремящихся идти по пути цивилизации и прогресса. Но все же еще многие миллионы африканцев, особенно в сельской местности, продолжают жить по старым обычаям, избегают обращаться в государственные суды, предпочитая арбитраж и стремясь прийти к примирению в соответствии с традициями.

**2.3 Особенности судебной системы стран Африки**

Во времена колониализма существовали главным образом две категории судов: одна специализировалась на применении обычного права, другая применяла современное право, причем иногда они действовали одновременно и параллельно. Когда африканские страны стали независимыми, эта двойственность была поставлена под вопрос. Показалось неприемлемым существование в одном и том же государстве двух видов юстиции, из которых один справедливо или несправедливо, но рассматривался как низший по отношению к другому. Поэтому в ряде стран были проведены важные реформы в области судоустройства; эти реформы включили туземные суды в единую судебную систему, различие между судами современного права и обычного права перестало существовать. [[13]](#footnote-13)

Эти реформы имеют весьма значительные последствия в том, что касается обычного права. Применяемое непосредственно юристами, обычное право неизбежно меняет свою природу, потому что ему придают противоречащую этой природе строгость и определенность. Понятия юристов и понятия обычного права вступают в противоречие. Применение обычного права под контролем юристов и, более того, передача его непосредственно в руки юристов влекут за собой большую опасность ускорения упадка традиционного права.

При отсутствии в регионе сколько-нибудь централизованной власти дела о браке, опеке над детьми, наследования, землевладения решали арбитражи, состоящие из старейшины и других влиятельных членов семьи или группы родственников. Если же разногласия возникали между соседями внутри одной общины, то арбитрами выступали старейшие члены семей, главы основных линий наследования и др. Суды другого типа функционировали как государственные структуры с соблюдением юридических формальностей. Они существовали в регионах с более или менее централизованной властью. Обычно такие суды образовывали иерархическую систему, начиная от низших (например, суды мелких вождей) и кончая высшими (суды крупных вождей).

Обычное право повсеместно признавало полигамию, а также устанавливало выкуп за невесту, призванный подтвердить, что основанный на обычае брак – это покупка жены. Расторжение брака было очень редким явлением, и получить разрешение на развод стоило больших трудов. Семьи были заинтересованы в продолжении установленного между ними союза, к тому же расторжение брака означало возвращение приданого. Развод обговаривался между семьями с привлечением старейшин клана.

Может показаться, что, став полноправным, обычное право получило известное повышение в ранге, ибо отныне оно применяется как равноправное.[[14]](#footnote-14) Однако именно в процессе применения оно и искажается, поскольку судьи воспитаны в духе английского общего права, чуждого обычаю. Новая, все болем полная публикация, сборники судебной практики, посвященные обычному праву, были призваны спасти его, но в то же время способствовали его упадку, ибо, будучи зафиксированным, обычное право потеряло при этом свою душу. Обычай, полностью ставший правом, имеет мало общего с традиционным обычаем. Деколонизация не послужила реабилитации обычая; в действительности она спела ему отходную.

Одна из характерных черт обычного права заключается в том, что правовые и материальные нормы выступают в неразрывной связи, а при решении конфликтов стороны руководствуются в первую очередь идеей примирения. Задача суда заключается не столько в том, чтобы устранить причиненное зло, восстановить согласие в общине и обеспечить ее сплоченность. [[15]](#footnote-15)

В настоящее время Южная Африка имеет некодифицированную систему права. Два главных источника современного южноафриканского права – законодательство и прецедентное право. Каждый суд связан решениями вышестоящего суда. Решения магистратских судов прецедента не создают. Обычай, хоть и является источником права, имеет незначительное применение. Законодательство включает Конституцию и акты Парламента (законы), конституции и законодательные акты провинций, а также подзаконные правовые акты – от правительственных до муниципальных. Конституция содержит достаточно сложные правила разграничения законодательной компетенции Республики и провинций и разрешения противоречий национального и провинциального законодательства. Конституция предусматривает независимую и беспристрастную судебную власть, подчиненную только ей. В судебную систему ЮАР входят Конституционный суд, Верховный апелляционный суд, высокие суды, суды магистратов. Адвокатура разделена, так же как и в Англии, на 2 категории: адвокатов (аналог английских барристеров) и атторнеев, поверенных (аналог английских солиситоров).

Высокие суды имеют территориальную юрисдикцию в рамках провинции или ее части. Они рассматривают любые гражданские и уголовные дела, а также выступают апелляционной инстанцией по отношению к нижестоящим судам.

Суды магистратов составляют низовое звено системы общих судов и рассматривают основную массу гражданских и уголовных дел. В не их компетенции находятся дела о наиболее тяжких преступлениях (убийство, изнасилование, государственная измена). Магистраты, в отличие от собственно судей, являются служащими Департамента юстиции и не обязаны иметь университетскую степень.

Существует также особая система судов мелких исков (small claims court), которые рассматривают гражданские иски на суммы не более 3 тысяч рандов. Дела в них рассматриваются одним мировым судьей, обычно на безвозмездной основе. Его решения окончательны. Отдельные традиционные суды применяют африканское обычное право; они возглавляются традиционными лидерами, обычно вождями или старейшинами.

**3. Влияние основных правовых семей на традиционное африканское обычное право**

Второй этап развития традиционного общего права был связан с колонизацией Африки в XIX в., которая внесла крупные перемены в юридическую жизнь континента. Давление и влияние права колониальных держав становилось доминирующим.

Правовая система ЮАР вобрала в себя элементы сразу трёх выделяемых сегодня правовых семей: романо-германской, англо-саксонской и традиционной. В целом в современной Южной Африке преобладает романо-германское право, то есть наблюдается верховенство закона над всеми правовыми решениями и чёткое разделение права на частное и публичное.

Вся Африка за небольшим исключением была колонизирована европейскими державами. В XIX в. колониальные власти – английские, французские, португальские и бельгийские – в основном стремились внедрить в африканских странах право, действовавшее в метрополии, и свою судебную систему. Каждая колониальная держава навязывала своим владениям собственную правовую модель: французское право было введено во Французской Африке и на Мадагаскаре, бельгийское – в Конго, португальское – в Анголе и Мозамбике, общее – в английских колониях, романо-голландское, измененное позже под влиянием английского общего права, – в Южной Африке. Либерия заимствовала общее право и некоторые судебные обычаи Англии и США.[[16]](#footnote-16)

Принцип прецедента был воспринят в ряде стран Африки. Кроме Ганы, он нигде не имеет законодательного закрепления. Конституция Ганы 1960 г. (ст. 42.4) устанавливает, что Верховный суд в принципе обязан следовать своим предшествующим решениям по вопросам права и Высокий суд обязан следовать решениям Верховного суда.

Ряд особенностей отличает прецедентное право в африканских странах общего права. В них происходит рост национального прецедентного права[[17]](#footnote-17). Хотя некоторые ученые-юристы полагают, что прецедентное право данных стран отлично от английского общего права, а иногда противостоит ему, в них продолжается активное заимствование английских прецедентов.

Следует отметить, что наряду с внедрением собственных правовых институтов колонизаторы проводили политику сохранения той части обычного права и африканского судопроизводства, которая, по их мнению, не противоречила их интересам.[[18]](#footnote-18) Таким образом, в результате колониального правления возникла дуалистическая система права. Она включала право, введенное метрополиями, и обычное право. Первое охватывало преимущественно административное право, торговое, уголовное право. А. Эллот полагает, что обычное право применялось в судах общего права, так как облегчало управление и способствовало поддержанию порядка. Традиционные области – землевладение, семейное и наследственное право (прижизненный раздел собственности, некоторые гражданские обязательства) – оставались в сфере действия обычного права.[[19]](#footnote-19)

Дуализм судов проявлялся весьма заметно. С одной стороны, действовали колониальные суды с европейскими судьями, руководствовавшимися правом метрополии и колониальным законодательством, с другой – были организованы местные суды. Британская колониальная администрация старалась по возможности сохранить эти суды.

**Заключение**

Исследуя данную темы пришли к таким выводам. Африка к югу от Сахары и Мадагаскар в течение многих веков жили по нормам обычая. Повиновение обычаю было в основном добровольным. Каждый считал себя обязанным жить так, как жили его предки; чаще всего было достаточно боязни сверхъестественных сил, чтобы заставить уважать традиционный образ жизни. Если новые обстоятельства ставили перед данным сообществом какую-либо проблему, то известный уровень организованности обычно позволял принять необходимые меры или установить определенную линию поведения.

Население Африки в течении многих веков жило по нормам обычая. Каждый считал себя обязанным жить так, как жили его предки; чаще всего было достаточно боязни сверхъестественных сил, чтобы заставить уважать традиционный образ жизни. Обычаи Африки были многочисленны. Каждая община имела свои собственные нравы и традиции. Различия между обычаями одного района или одной этнической группы были незначительными, а иногда носили просто ничтожный характер. В то же время были значительные различия в других сферах жизни племен: одни народности имели монархический режим, другие демократический; в одних царил матриархат в других патриархат. Признавая крайнее обилие обычаев на континенте все исследователи признают, что имеется нечто общее, отличающее африканское право от европейского.[[20]](#footnote-20)

С началом колонизации в Африке широкое распространение получает христианство и ислам. Ни одна из этих религий не одержала полной победы, но обе они оказали значительное влияние на население большей части Африки. Обычаи, даже если им и продолжали следовать, потеряли в глазах населения былую связь со сверхъестественными силами. Люди продолжали жить так же, как и ранее; у них не хватало мужества для перестройки, но они знали отныне, что живут не по божьим законам. Важной чертой африканского обычного права является то, что оно регулирует отношения в первую очередь групп или сообществ, а не отдельных индивидов. Так, брачный договор представлял собой скорее соглашение двух семей, нежели союз двух индивидов; развод был возможен лишь с согласия семей. Имущество по наследству тоже, как правило, переходило не к индивидам, а к семьям или группам.

Под системой обычного (традиционного) права понимается существующая в странах экваториальной, южной Африки и в Мадагаскаре форма регламентации общественных отношений, основанная на государственном признании сложившихся естественным путем и вошедших в привычку населения социальных норм (обычаев). Обычай является наиболее древним источником права, известным всем правовым системам, однако если в странах романо-германского и англосаксонского права он выполняет лишь второстепенную роль, то в Африке он был и продолжает оставаться важным регулятором общественных отношений, особенно за пределами городов.

Источники современного права стран Африки и Мадагаскара характеризуются «правовой многослойностью»:

* традиционно-обычные нормы;
* нормы и принципы, привнесенные в период колониального господства законами и иными актами европейских государств;
* нормы общетерриториального права, создаваемые в результате проведения кодификации с учетом норм обычного права, а также утвердившихся нормативных актов европейских государств с приоритетным заимствованием норм английского права;
* нормы африканских межгосударственных объединений;

нормы международного права.

К настоящему времени практически завершилась работа по унификации обычного права всех танганьикских племен. В некоторых африканских странах проводились реформы, ставившие целью создание единой кодификации и законодательных, и обычных норм. Они удались лишь применительно к отдельным отраслям права, например к уголовному.

После колонизации африканского континента в XIX в. английские, французские, португальские и бельгийские власти в основном стремились внедрить в африканских странах право, действовавшее в метрополии, и свою судебную систему. Французское право внедрялось во французской Африке и на Мадагаскаре, бельгийское – в Конго, португальское – в Анголе и Мозамбике, английское – в колониях Англии. Метрополиями был принят также целый ряд актов специально для колоний. В то же время колонизаторы проводили политику сохранения той части обычного права и африканского судопроизводства, которая, по их мнению, не противоречила их интересам. Таким образом, в результате колониального правления возникла тройственная система колониального права, включающая право метрополий, специальные колониальные законы и обычное право. Первые два компонента охватывали по преимущество административное, торговое, уголовное право.

Традиционные области отношений – землевладение, семейное и наследственное право – остались в сфере действия обычного права. Во многих колониях были запрещены некоторые обычаи, признанные варварскими, например, рабство. В колониях действовали колониальные суды с европейскими судьями, руководствовавшимися правом метрополии и колониальным законодательством, а также местные суды, где правосудие обычно осуществляли местные вожди, старейшины, а решения принимались в соответствии с обычным правом.

Одна из характерных черт обычного права заключается в том, что правовые и материальные нормы выступают в неразрывной связи, а при решении конфликтов стороны руководствуются в первую очередь идеей примирения.

**Список использованной литературы**

1. Алексеев С.С. Общая теория права: Юридическая литература 1981 г.
2. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1997
3. Денисов В.Н. Системы права развивающихся стран: Становление и развитие систем права стран Африки, освободившихся от британского империализма. Киев, 1978.
4. Жидков О.А. Прецедент в правовых системах развивающихся стран // Источники права. М., 1985.
5. Конституционное (государственное) право зарубежных стран: Учебник Т.1. /Отв. ред. Б.А. Страшун. – М.: Изд-во БЕК, 1993. – 246 с.
6. Карбонье Ж. Юридическая социология. М., 1986.
7. Лихачев В.А. Уголовное право в независимых странах Африки. М., 1974.
8. Н.И. Матузов, А.В. Малько «Теория государства и права»., Москва «Юристъ», 1999
9. Муромцев Г.И. Источники права в развивающихся странах Азии и Африки: система и влияние традиций. М., 1987.
10. Общая теория права: Учеб. пособие для юридич. вузов /Под ред. А.С. Пиголкина. – М.: Манускрипт, 1994. – 396 с.
11. Право в независимых странах Африки: становление и развитие. М, 1969.
12. Решетников Ф.М. Правовые системы стран мира. Справочник – М.:Юридическая литература, 1993.
13. Саидов А.Х Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / Под ред. В.А. Туманова. – М.: Юристъ, 2003. – 448 с.
14. Современные зарубежные конституции: Учеб. пособие /Сост. док. юридич. наук В.В. Маклаков. – М.: Москов. юридич. ин‑т, 1992. – 285 с.
15. Супатаев М.А «Обычное право в странах Восточной Африки» – М. «Наука», 1984.
16. А.Р. Cукиянен. Мусульманское право. Москва 1986 г.
17. Синицина И.Е. Обычай и обычное право в современной Африке. М., 1978.
18. Супатаев М.А. Право в современной Африке. М., 1989
19. Теория права и государства: Учебник для вузов /Под ред. проф. Г.Н. Манова. – М: Изд-во БЕК, 1995. – 336 с.
20. Тихомиров Ю.А. «Курс сравнительного правоведения». Москва, Норма, 1996 г.
21. Хропанюк В.Н. Теория государства и права: Учеб. пособие для вузов /Под ред. проф. В.Г. Стрекозова. – М.: ИПП «Отечество», 1993. – 344 с.
22. Цвайгерт.К., Кётц Х., «Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права»., М. 1995
23. Allot A. African Law // An Introduction to Legal Systems. L., 1968.
24. Allot A. New Essays in African Law. L., 1970.
25. Gonides P.-F. Lcs droits africians: Evolution et sources. P., 1968.
26. Patrick Glenn H. The Capture, Reconstruction and Marginalisation of «Custom» // Amer. J. Comparat. Law. 1997. Vol. 3.
27. International Encyclopedia of Comparative Law. Tubingen, 1972. Vol. 2.
28. Sacco R. 11 diritto africana. Turin, 1995.
29. Szaszy I. Conflict of Law in New Independent African States // Questions Intern. Law. 1970. No 2.
30. Vanderlinden J. Les systemes juridiqucs africains. P., 1983.
31. http://www.smoney.ru/glossary/Обычное право в Африке
32. http://revolution./law/00107790\_0.html
33. hhttp://referat2000.bizforum.ru/
34. http://www.pravo.vuzlib.net/book\_z1928\_page\_118.html
35. http://www.allpravo.ru/library
36. http://bse.sci-lib.com/article083477.html

1. Карбонье Ж. Юридическая социология. М.,1986. [↑](#footnote-ref-1)
2. Денисов В.Н. Системы права развивающихся стран: Становление и развитие систем права стран Африки, освободившихся от британского империализма. Киев, 1978. [↑](#footnote-ref-2)
3. Супатаев М.А. Право в современной Африке. М., 1989 [↑](#footnote-ref-3)
4. http://www.smoney.ru/glossary/Обычное право в Африке [↑](#footnote-ref-4)
5. Алексеев С.С. Общая теория права: Юридическая литература 1981г. [↑](#footnote-ref-5)
6. Супотаев МЛ Обычное право в странах Восточной Африки. М , 1984. [↑](#footnote-ref-6)
7. Муромцев Г.И. Источники права в развивающихся странах Азии и Африки: система и влияние традиций. М., 1987. [↑](#footnote-ref-7)
8. Жидков О.А. Прецедент в правовых системах развивающихся стран // Источники права. М., 1985. [↑](#footnote-ref-8)
9. Общая теория права: Учеб. пособие для юридич. вузов /Под ред. А.С. Пиголкина. - М.: Манускрипт, 1994.- 396с. [↑](#footnote-ref-9)
10. Право в независимых странах Африки: становление и развитие. М, 1969. [↑](#footnote-ref-10)
11. Хропанюк В.Н. Теория государства и права: Учеб. пособие для вузов /Под ред. проф. В.Г. Стрекозова. - М.: ИПП “Отечество”, 1993.- 344с. [↑](#footnote-ref-11)
12. Лихачев В.А. Уголовное право в независимых странах Африки. М., 1974. [↑](#footnote-ref-12)
13. http://revolution./law/ [↑](#footnote-ref-13)
14. Синицина И.Е. Обычай и обычное право в современной Африке. М., 1978 [↑](#footnote-ref-14)
15. Тихомиров Ю.А. "Курс сравнительного правоведения". Москва, Норма, 1996 г. [↑](#footnote-ref-15)
16. Саидов А.Х Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / Под ред. В.А. Туманова. – М.: Юристъ, 2003. - 448 с. [↑](#footnote-ref-16)
17. Жидков О.А. Прецедент в правовых системах развивающихся стран // Источники права. М., 1985. [↑](#footnote-ref-17)
18. http://www.allpravo.ru/library [↑](#footnote-ref-18)
19. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1997 [↑](#footnote-ref-19)
20. Цвайгерт .К., Кётц Х., "Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права"., М. 1995 [↑](#footnote-ref-20)