МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ И НАУКИ УКРАИНЫ

РЕФЕРАТ

на тему

«Влияние основных правовых семей на традиционное африканское обычное право»

по дисциплине «Сравнительное правоведение»

КИЕВ 2011

**Содержание**

Введение

1. Формирование африканской правовой семьи

2. Традиционное африканское обычное право

3. Влияние основных правовых семей на традиционное африканское обычное право

4. Современные правовые системы африканских стран

Выводы

Литература

**Введение**

Африканская правовая семья охватывает правовые процессы на громадном континенте. В результате особенностей исторического развития право африканских государств, обретших национальную независимость в результате распада колониальной системы, сочетается на пороге XXI столетия с элементами старого, с религиозным правом (мусульманским, индусским), обычным правом, которое еще действует в относительно широкой сфере общественных отношений.

Исследование африканского обычного права имеет для сравнительного правоведения особое значение, ибо оно основывается на обработке материала двоякого рода: законодательного, даваемого писаным правом современных культурных народов, или правовыми памятниками угасших в прошлом цивилизаций, и обычно-правового, заимствованного из юридической этнографии.

**1. Формирование африканской правовой семьи**

Термин «обычное право» чаще всего используется для обозначения традиционного права, существовавшего у африканских народов до колонизации. За исключением весьма немногочисленных примеров «племенного законодательства», традиционное право представляло собой преимущественно совокупность неписаных правил, изустно передаваемых из поколения в поколение. Английский юрист А. Эллот отмечал, что африканское обычное право не знало юридических произведений. Не было ни юридических текстов, ни манускриптов по вопросам права, ни сформулированных на бумаге исковых заявлений, ни повесток в суд, ни ордеров на выполнение судебных постановлений, ни письменных документов о передаче имущества, ни ученых комментариев, докторов права. Не было скрупулезного критического разбора текста парламентских актов, ученых дебатов в журналах о значении того или иного параграфа или диапазоне действия судебного решения, процедурных дискуссий о представительстве или форме обвинения.

В традиционном праве правовые и моральные нормы выступают в неразрывной связи, поэтому при решении конфликтов руководствуются идеей примирения.

Следует отметить большие различия между народами Африки, разнообразие их обычаев и обычного права. Даже племена, населяющие соседние географические районы, могут в этом плане существенно различаться. В пределах одного африканского современного государства могут проживать народности совершенно разного этнического и лингвистического происхождения (например, Кения населена нилотами, нилохамитами, хамитами и банту). Все это многообразие дополняется большими различиями африканских народов по системам родства и семейного уклада.

В своем развитии право стран африканской правовой семьи прошло три этапа:

*Первый этап* – этап развития традиционного африканского права.

*Второй этап* – этап колониального развития обычного права и влияния на него основных правовых семей.

*Третий этап* – этап независимого развития, т.е. этап формирования современных правовых систем африканских стран.

### 2. Традиционное африканское обычное право

Первый этап развития на Африканском континенте связан с формированием традиционного права. В связи с этим напрашивается вопрос: можно ли вообще говорить о едином африканском обычном праве?По этому поводу существуют самые различные точки зрения. На наш взгляд, имеются достаточные основания для того, чтобы рассматривать африканское обычное право как нечто единое. Мы подразумеваем здесь некоторые общие принципы, процедуры, установки и в отдельных случаях детально разработанные правила, характерные для большей части обычного права народов Африки.

Африканское обычное право является правом групп или сообществ, а не правом индивидов. Эта характерная черта проявляется почти в каждой отрасли обычного права. В брачном праве брачный договор представлял собой скорее соглашение двух семейных групп, нежели союз двух индивидов, и развод возможен был только с согласия семей. Право собственности на землю принадлежит социальной группе. В наследственном праве имущество, также, как правило, переходило не к индивидам, а к семьям или группам. При компенсации ущерба выплату производила одна семья или клан другой семье или клану, но не одно лицо другому. И наконец, тяжбы в африканском обществе тоже возникали главным образом между сообществами и группами.

В обществах Африки действовали два основных типа судов, или две системы разрешения споров. Иногда в одном обществе они действовали одновременно. Их можно классифицировать как арбитраж и суд с соблюдением юридических формальностей. В обществе без вождей или при отсутствии сколько-нибудь централизованной политической власти (например, на территории нынешней Кении) споры решались преимущественно с помощью арбитража и переговоров внутри местной общины. Если конфликты возникали по поводу брака, установления опеки над детьми, наследования, землевладения и других схожих прав и обязательств, то в их разрешении, как правило, участвовали старейшины и другие влиятельные члены семьи или группы кровных родственников (например, клана). Когда же разногласия возникали между соседями внутри одной общины, арбитраж и переговоры проводили разного рода официальные и неофициальные лидеры (например, старшие члены семей, главы основных линий наследования и др.).

Суды второго типа, соблюдавшие юридические формальности, действовали в обществах с более или менее централизованной властью. Обычно эти суды образовывали иерархию в соответствии с политической иерархией, и апелляции направлялись от низших судов (например, судов мелких вождей) к высшим (например, судам крупных вождей). Так, в королевстве Буганда в середине XIX в. действовала чрезвычайно сложная система отправления правосудия: многочисленные суды были организованы как пирамидальная структура, а апелляция направлялась по цепочке: мелкие вожди – крупные вожди – министр (катиккиро) – кабака. У племени сукума судебная система состояла из различных судов вождей разного ранга, но апелляции, видимо, не подавались. Суды обладали полномочиями вызывать свидетелей, назначать штрафы, принимать решения о наказаниях и выплате компенсаций, следить за выполнением своих решений.

Однако вне зависимости от способа разрешения конфликтов можно сказать словами английского юриста А. Эллота, что судебные решения в Африке принимают, основываясь на понятии примирения или восстановления гармонии. Задача суда или арбитража заключается не столько в том, чтобы отыскать факты, сформулировать правовые нормы и применить их с учетом этих фактов, сколько в том, чтобы навести порядок так, чтобы устранить причиненное зло и восстановить гармонию в обеспокоенной общине. Гармонию можно восстановить только тогда, когда все вовлеченные стороны уверены в том, что справедливость восторжествовала. Жалобщик желает удостовериться, что суд руководствовался соответствующими правовыми нормами, в том числе и теми, которые предусматривают должную компенсацию за причиненный ущерб. Но и виновника нужно убедить в том, что его поведение явилось нарушением нормы, и суд принял справедливое решение. Со своей стороны он желает получить гарантию, что после осознания своей вины и выплаты компенсации ему будет позволено влиться в общину.

Следует подчеркнуть и роль сверхъестественного, в традиционном праве. В судебных процедурах этот фактор проявлялся в основном в том, что для выяснения истины заставляли клясться и проводили испытание «судом божьим».

Существовало ли в традиционном праве различие между уголовными и гражданскими правонарушениями?

Английский специалист по африканскому обычному праву Дж. Котран выдвигает следующие общие положения. В большинстве африканских обществ различались уголовные преступления и гражданские правонарушения, причем за основу такого различия брали категории уголовных преступлений и гражданских правонарушений.

Например, в обществе «А» убийство карается суровым наказанием, а в обществе «Б» достаточной мерой является компенсация. Многие правонарушения в обычном праве могут быть и уголовными, и гражданскими в том смысле, что их расценивают как уголовно наказуемые и требующие компенсации.

Одно и то же деяние в обычном праве может трактоваться как уголовное или гражданское в зависимости от обстоятельств, т.е. с учетом его направленности (например, прелюбодеяние с женой вождя может быть уголовным преступлением, а с женой другого – гражданским правонарушением), намерения правонарушителя (например, намеренное убийство может быть уголовным преступлением, а непреднамеренное – нет), повторяемости деяний (первое – гражданское, повторное – уголовное).

Особого внимания заслуживает еще один аспект обычного права: ответственность группы людей или общины. Она проявляется двояко: ответственность (как искупление чужой винта) семьи или группы родственников за проступки ее отдельных членов; совершенное индивидом правонарушение увязывается с его правами и обязанностями как члена группы. В связи с этим уместно, на наш взгляд, отметить, что индивидуализм и вытекающее из него понятие «субъективное право» – основное понятие современного права – несовместимы с традициями обычного права. Оно не столько обеспечивает соблюдение права индивида, сколько регулирует его отношения с группой людей.

Среди институтов традиционного права особое место занимают семья, земельная собственность, наследование. Брак по обычному праву – это не столько союз двух индивидов, сколько соглашение двух семейных групп. Они играют заметную роль на каждом этапе брака: подбирают жениха и невесту; обговаривают и выплачивают приданое; улаживают разногласия между мужем и женой; развод также невозможен без их активного участия.

Обычное право повсеместно признавало полигамию, т.е. право мужчин иметь несколько жен, а также устанавливало «выкуп за невесту», призванный подтвердить, что основанный на обычае брак – это не что иное, как покупка жены.

Вопреки широко распространенному мнению расторжение брака было очень редким явлением в обычном праве, причем получить разрешение на развод стоило больших трудов. Семьи были чрезвычайно заинтересованы в продолжении действующего между ними альянса к тому же расторжение брака неизменно означало возвращение данного. Развод обговаривался между семьями с привлечением старей шин клана.

Принято считать, что в традиционных обществах правами землю наделен не индивид, а группа. Хотя индивид может иметь прав пользования землей, в конечном счете, оно принадлежит общине или группе. Распределение земли, пользование ею, наконец, отторжение происходит под контролем правителей (вождей) или таких социальных групп, как клан, семья.

Наследственное право в традиционном обществе предусматривает переход не только имущества, но и целого комплекса прав и обязанностей умершего к его наследникам. Существуют самые различные режимы наследования. Оно может быть следующих видов:

1) патрилинейное или матрилинейное;

2) автоматическое (наследник известен) или избирательное (наследник выбирается после смерти);

3) универсальное (только один наследник) или совместное (несколько наследников).

Следует отметить еще два фактора. Во-первых, характер наследования может измениться в зависимости от типа оставленного наследства. Например, семейная собственность, приобретенное на собственные средства имущество, а также земля, скот, движимость – все это может наследоваться по-разному и разными лицами. Во-вторых, если умерший имел несколько жен, то наследование обычно осуществлялось по Системе «домов», когда имущество умершего в равных долях распределялось между «домами» («дом» – жена и ее дети) без учета количества детей в каждом «доме».

### 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.

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.

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. 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. 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.

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.

Разбирательством дел в них занимались традиционные местные старейшины; юрисдикция этих судов распространялась на африканцев. Решения в таких судах принимались в соответствии с обычным правом, действовавшим на территории, которая подпадала под их юрисдикцию. Контроль за деятельностью местных судов осуществляли административные чиновники, они же ведали назначением и смещением членов судов.

Можно отметить четыре наиболее важных изменения, происшедших в обычном праве в колониальный период:

1. отход от традиционных методов урегулирования с постепенным внедрением судебной системы, первоначально базировавшейся на прежних племенных установлениях, но со временем перестроившейся по образцу буржуазного судоустройства;
2. восприятие европейских норм судьями, которые вели разбирательство в местных судах по нормам обычного права;
3. введение законов, которые хотя и не отменяют обычное право, но все же предоставляют африканцам возможность регулировать свои правовые отношения на основе буржуазного права;
4. прямой запрет некоторых обычаев, признанных варварскими, например рабства и нанесения увечья.

### 

### 4. Современные правовые системы африканских стран

Третий этап развития африканского права связан с получением государствами Африки национальной независимости. 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.

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.

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.

**Литература**

1. Богдановская И.Ю. Прецедентное право. М., 2003.
2. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 2006.
3. Денисов В.Н. Системы права развивающихся стран: Становление и развитие систем права стран Африки, освободившихся от британского империализма. Киев, 2008.
4. Жидков О.А. Прецедент в правовых системах развивающихся стран // Источники права. М., 2005.
5. Карбонье Ж. Юридическая социология. М.,2006.
6. Косвен М.О. Преступление и наказание в догосударственном обществе. М.; Л., 2005.
7. Лихачев В.А. Уголовное право в независимых странах Африки. М., 2004.
8. Муромцев Г.И. Источники права в развивающихся странах Азии и Африки: система и влияние традиций. М., 2007.
9. Право в независимых странах Африки: становление и развитие. М, 2009.
10. Allot A. African Law // An Introduction to Legal Systems. L., 2008.
11. Allot A. New Essays in African Law. L., 2000.
12. Gonides P.-F. Lcs droits africians: Evolution et sources. P., 2008.