

МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ И НАУКИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ АВТОНОМНОЕ
ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ
«САМАРСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ
ИМЕНИ АКАДЕМИКА С.П. КОРОЛЕВА»

Кафедра теории и истории государства и права; международного права

М.Ю. Спирин

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ

*Утверждено редакционно-издательским советом университета
в качестве учебного пособия*

Самара
Издательство «Самарский университет»
2016

УДК 340.5
ББК 67.99(2)3
С72

Рецензенты :

зав. кафедрой теории и истории государства **и права Института права**
Самарского государственного экономического университета,
д-р юрид. наук, проф. В. В. Болгова,
первый вице-президент **Федеральной палаты адвокатов России**,
канд. юрид. наук, доц. В. Г. Тарасенко

Спирин, М. Ю.

С72 Сравнительное правоведение: учеб. пособие / М. Ю. Спирин. -
Самара: Изд-во «Самарский университет», 2016. - 80 с.

ISBN 978-5-86465-731-7

Учебное пособие разработано на основании **Федерального государственного образовательного стандарта высшего профессионального образования по направлению подготовки 030900.68 Юриспруденция (квалификация (степень) «магистр»)**, утверждённого приказом министра образования и науки РФ от 14 декабря 2010 г., типовой (примерной) программы и рабочей программы учебной дисциплины «Сравнительное правоведение».

Предназначено для студентов магистратуры юридического факультета.

УДК 340.5
ББК 67.99(2)3

ISBN 978-S-86465-731-7

© Спирин М. Ю., 2016
© Самарский национальный
исследовательский университет, 2016

СОДЕРЖАНИЕ

| | |
|---|----|
| Методические указания студентам..... | 4 |
| Вводная пояснительная записка..... | 5 |
| Основная литература по курсу..... | 8 |
| Система курса лекций..... | 10 |
| Программа курса лекций..... | 10 |
| Тематический план практических (семинарских) занятий..... | 27 |
| Тематика докладов..... | 33 |
| Контрольные вопросы к зачёту..... | 34 |
| Глоссарий к зачёту..... | 36 |
| Приложение 1 (извлечения из работы Рене Давида и Камиллы Жоффре-Спинози «Великие системы современного права»)..... | 41 |
| Приложение 2 (извлечения из работы Конрада Цвайгерта и Хайна Кётца «Введение в правовое сравнение в области частного права»)..... | 58 |

МЕТОДИЧЕСКИЕ УКАЗАНИЯ СТУДЕНТАМ

Целью изучения дисциплины «Сравнительное правоведение» является формирование цельного и системного профессионального правосознания путем решения соответствующих задач глубокого сравнительного изучения правовых систем современности и юридической карты мира, сравнительного восприятия важнейших отраслей, подотраслей и институтов права.

Изучение сравнительного правоведения имеет важное значение для подготовки юристов высшей квалификации. Данная учебная дисциплина необходима для усвоения системы знаний об основных правовых системах современности, а также о важнейших способах и методиках практического отраслевого и межотраслевого сравнения. Соответствующее сформированное понимание данных вопросов способствует адекватному ориентированию в теоретических аспектах юриспруденции, а также необходимо для решения целого ряда проблем правовой (в том числе правотворческой, правоприменительной и правоохранительной) практики.

Являясь естественным продолжением общей теории права и сравнительно-правовых аспектов отраслевых юридических наук, данная учебная дисциплина выступает в качестве базовой на юридическом факультете современного университета, способствует глубокой и всесторонней подготовке квалифицированных специалистов для правовых отделов и управлений законодательных и исполнительных органов государственной власти, органов местного самоуправления, органов юстиции, судов, прокуратуры, иных правоохранительных органов, адвокатуры, нотариата, юридических служб в финансово-кредитных организациях и хозяйствующих субъектах.

Основательное изучение сравнительного правоведения способствует появлению навыков аналитического юридического мышления, системного и исторического понимания права, грамотного толкования и применения правовых норм; даёт возможность будущим специалистам совершать разнообразные юридически значимые действия с пониманием их характера, а также цели и последствий для состояния режима законности и правопорядка. Изучение сравнительного правоведения значительно повышает профессиональную квалификацию юриста, серьёзно расширяет общекультурный и специально-юридический кругозор, ориентирует в специальной литературе, развивает умение мыслить абстрактными правовыми категориями и, в то же время, соотносить теоретические обобщения с практическими примерами и проблемами действия права, способствует накоплению устойчивых энциклопедических знаний о современном праве.

Таким образом, учебная дисциплина «Сравнительное правоведение» имеет как теоретическое, так и важное практическое значение.

Итогом освоения данного курса является устойчивая система знаний предмета и методологии сравнительно-правового анализа, терминологии в сфере сравнения права, основ юридической карты современного мира, классических и современных учений об основных трансграничных правовых системах современности, основ истории развития и современного состояния крупнейших правовых систем современного мира: романо-германской, «общего права» и традиционно-религиозной с особенностями их отдельных структурных подразделений, знание уровней, методик и способов сравнительного анализа институционального, отраслевого и межотраслевого характера, а также умений реализовывать полученные знания в различных сферах юридической деятельности, овладение навыками системного понимания права.

ВВОДНАЯ ПОЯСНИТЕЛЬНАЯ ЗАПИСКА

Дисциплину «Сравнительное правоведение» изучают студенты I и II курсов очной и заочной магистратуры юридического факультета Самарского университета. Наличие в учебном плане юридического факультета данного курса свидетельствует о высоком уровне классического университетского юридического образования, поскольку его изучение направлено на серьёзное расширение страноведческого, лингвистического и формально-юридического кругозора студентов, осваивающих юридические дисциплины.

Курс сравнительного правоведения направлен на формирование у студента устойчивых представлений о многообразии правовых систем современного мира, о важнейших памятниках права и символах наднациональных (трансграничных) правовых систем современности, на получение более глубоких, систематизированных знаний об истории формирования важнейших правовых систем (романское, германское, скандинавское, латиноамериканское, английское, американское, мусульманское, индусское, китайское, африканское обычное, социалистическое право), об их современном состоянии, взаимовлиянии и взаимодействии, а также - на осознание студентами перспектив их развития с учётом определения места правовой системы России на юридической карте мира.

Освоение курса сравнительного правоведения осуществляется посредством прослушивания курса лекций, работы в рамках цикла практических

(семинарских) занятий и подготовки к сдаче, а также в процессе самой сдачи • зачёта. Кроме того, студенты вправе использовать свои знания по теоретическим и практическим проблемам наднациональных (трансграничных) правовых систем и юридической географии мира при написании выпускных квалификационных работ (магистерских диссертаций).

Итогом изучения данного курса выступает формирование у студента целостной совокупности системных знаний, а также специальных (профессиональных) познаний в сфере постижения и анализа юридической географии современного мира. Знания в области сравнительного правоведения являются базовыми общепрофессиональными знаниями в сфере юриспруденции.

В результате освоения курса сравнительного правоведения у студента формируются необходимые устойчивые профессиональные знания, умения и навыки, указанные выше, а также повышается уровень общей гуманитарной и специальной правовой культуры, минимизируются проявления юридической и бытовой ксенофобии.

В качестве основного учебника по курсу сравнительного правоведения необходимо использовать работу известного компаративиста, д.ю.н., профессора сравнительного и международного права А. Х. Саидова (*Саидов А. Х. Сравнительное правоведение (Основные правовые системы современности) / под ред. В. А. Туманова. М.: Юристъ, 2013*). Также весьма ценным общим источником по основным правовым системам зарубежных стран (Франция, Германия, Бельгия, Испания, Италия, Португалия, Швейцария, Норвегия, Великобритания, США, Канада, Австралия, Новая Зеландия, Япония и др.) является справочник, составленный д.ю.н., профессором, заслуженным деятелем науки РФ Ф. М. Решетниковым и к.ю.н. О. Р. Мулукаевой (*Решетников Ф. М. Правовые системы стран мира: справочник. М.: Юридическая литература, 1993*). В качестве справочника, продолжающего традицию обзора основных правовых систем зарубежных стран, необходимо также использовать энциклопедический справочник (*Правовые системы стран мира. Энциклопедический справочник / отв. ред. А. Я. Сухарев. 3-е изд. М.: Норма, 2003*) (1-е и 2-е издания данного справочника вышли соответственно в 2000 и 2001 годах).

Наиболее полезными для студентов при изучении сравнительного правоведения являются указанные в перечне основной литературы по курсу монографии и справочники, комплексно рассматривающие основные темы и вопросы данной дисциплины.

Также следует обратить внимание на специализированные издания сравнительно-правового характера, с недавних пор появившиеся в России: «Ежегодник сравнительного правоведения», издающийся с 2001 года Российским обществом сравнительного правоведения, «Российский журнал сравнительного права», издающийся с 2001 года Московским государственным юридическим университетом им. О. Е. Кутафина (МГЮА), и «Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения», издающийся с 2005 года Институтом законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации.

Кроме того, значительный интерес представляют такие солидные ежегодные сборники научной информации как: «Российский ежегодник сравнительного права» ИГП РАН, «Ежегодник права государств Центральной и Восточной Европы» и «Ежегодник права государств Центральной Азии, Ближнего Востока и Северной Африки». Стоит также обращать внимание на научные статьи сравнительно-правового характера в общеправовых журналах «Государство и право», «Правоведение», «Журнал Российского права», «Право и политика», «Общество и право», «Правовая политика и правовая жизнь», «Законодательство», «Вестник Московского университета. Серия 11. Право», «Вестник Санкт-Петербургского университета. Серия Право», «Юридический вестник Самарского университета», «Юридический аналитический журнал» и др.

ОСНОВНАЯ ЛИТЕРАТУРА ПО КУРСУ

1. Бакулина Л. Т., Губайдуллин А. Р. Теоретические основы сравнительного правоведения: учебное пособие. Казань: Изд-во «Казанский университет», 2014.
2. Бехруз Х. Н. Сравнительное правоведение. Одесса: Феншс; М.: Транс-Лит, 2008.
3. Власов В. И., Власова Г. Б., Денисенко С. В. Сравнительное правоведение: учебное пособие. М.: КНОРУС, 2014.
4. Давид Р. Основные правовые системы современности / пер. с франц. М.: Юридическая литература, 1967.
5. Давид Р. Основные правовые системы современности / пер. с франц. М.: Прогресс, 1988.
6. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / пер. с франц. М.: Международные отношения, 1996.
7. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / пер. с франц. М.: Международные отношения, 2009.
8. Дамирли М. А. Сравнительное правоведение. Ч. 1. Статус, предмет и система. Одесса: Фенжс, 2013.
9. Захарова М. В. Сравнительное правоведение: вопросы теории и практики. М.: Проспект, 2013.
10. Лафитский В. И. Сравнительное правоведение в образах права. Т. I - II. М.: Статут, 2010-2011.
11. Леже Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход / пер. с франц., 3-е изд., перераб. М.: Волтерс Клувер, 2011.
12. Малько А. В., Саломатин А. Ю. Сравнительное правоведение: учебно-методический комплекс. М.: Норма, 2008.
13. Марченко М. Н. Курс сравнительного правоведения. М.: Городец-издат, 2002.
14. Марченко М. Н. Сравнительное правоведение. Общая часть. М.: Зерцало, 2006.
15. Марченко М. Н. Правовые системы современного мира. Изд. 2-е, перераб. и доп. М.: Зерцало-М, 2009.
16. Марченко М. Н. Сравнительное правоведение. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2011.
17. Нерсесянц В. С. Сравнительное правоведение в системе юриспруденции // Государство и право. 2001. № 6.-С. 5 - 15.

18. Оксамытний В. В. Юридическая компаративистика. М.: ЮНИТИ - ДАНА, 2015.
19. Осаке К. Сравнительное правоведение в схемах: Общая и Особенная части. Изд. 2-е, перераб. и доп. М.: Дело, 2002.
20. Осаке К. Сравнительное правоведение: схематический комментарий. М.: Юристъ, 2008.
21. Очерки сравнительного права / отв. ред. В. А. Туманов. М., 1981.
22. Павлова Н. Г. Курс лекций по сравнительному правоведению. Изд. 2-е, перераб. и доп. М.-. Изд-во РУДЫ, 2009.
23. Павлова Н. Г. Сравнительное правоведение. Учебно-методическое пособие. М: Изд-во РУДН, 2013.
24. Саидов А. Х. Сравнительное правоведение и юридическая география мира / отв. ред. В. А. Туманов. М.: ИГП РАН, 1993.
25. Саидов А. Х. Сравнительное правоведение. М.: Норма, 2011.
26. Серегин А. В. Юридическая компаративистика: учебное пособие. М.: Юрлитинформ, 2016.
27. Скакун О. Ф. Общее сравнительное правоведение: основные типы (семьи) правовых систем мира. Киев: Ін Юре, 2008.
28. Спиринов М. Ю. Юридическая карта современного мира и основания её исследования//Юридический аналитический журнал. 2011. № 1 -2 (29-30).-С. 13- 18.
29. Спиринов М. Ю. Сравнительное правоведение: учебное пособие. Самара: Изд-во «Самарский университет», 2012.
30. Сравнительное правоведение: сб. статей / отв. ред. В. А. Туманов. М, 1978.
31. Тихомиров А. Д. Юридическая компаративистика: философские, теоретические и методологические проблемы. Киев, 2005.
32. Харитонов Е. О., Харитонова Е. И. Очерки сравнительного правоведения: традиции частного (гражданского) права в Европе. Одесса: Фешкс, 2013.
33. Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2-х т. Том I. Основы / пер. с нем. М.: Международные отношения, 2000.
34. Цвайгерт К., Кётц Х. Сравнительное частное право / пер. с нем. М.: Международные отношения, 2010.
35. Черноков А. Э. Введение в сравнительное правоведение. СПб.: ИВЭ-СЭП, Знание, 2007.
36. Чиркин В. Е. Сравнительное правоведение. М.: Международные отношения, 2012.
37. Чиркин В. Е. Основы сравнительного правоведения: учебное пособие. М. -Воронеж: МПСУ - МОДЭК, 2014.

СИСТЕМА КУРСА ЛЕКЦИЙ

1. **Вводная часть** (понятие, предмет, методология, история возникновения и развития сравнительного правоведения; учение о юридической карте мира и наднациональных (трансграничных) правовых системах).

2. **Общая часть (юридическая география мира)** (обзор важнейших современных наднациональных (трансграничных) правовых систем).

3. **Особенная часть** (межотраслевые, отраслевые и институциональные правовые сравнения, порядок их проведения и закрепления результатов).

ПРОГРАММА КУРСА ЛЕКЦИЙ

Вводная часть.

Введение в сравнительное правоведение

Тема 1. Сравнительное правоведение (юридическая компаративистика) как часть общей компаративной гуманитарной науки

I. Компаративистика как приём логического познания, область человеческого знания о мире и комплексная наука. **Виды компаративистики** (языкознание, религиоведение, культурология, политология, юриспруденция).

Соотношение терминов «сравнительное правоведение» и «сравнительное право»; «сравнительное правоведение» и «сравнительное законодательство»; «сравнительное правоведение» и «правовое сравнение» («сравнение в праве»).

Терминология: la jurisprudence comparatif, le droit comparatif, la comparaison dans le droit (французский язык); comparative jurisprudence, comparative law, comparison in law (английский язык); vergleichende Rechtswissenschaft, vergleichendes Recht, Rechtsvergleichung (немецкий язык); Rechtsvergelijking, Vergelijking in het gemeenschapsrecht (голландский язык); la jurisprudencia comparativa, el derecho comparativo, la comparacion en el derecho (испанский язык); direito comparado, comparacao da lei (португальский язык); diritto comparato, il rispetto della legge (итальянский язык); порівняльне правознавство, порівняльний закон, порівняння у закош (украинский язык); uporedno pravo, odnosu na zakon (сербохорватский язык).

Юриспруденция: теоретическая, историческая, сравнительная, международная и национальная.

Понятие сравнительной юриспруденции как науки и учебной дисциплины. Значение *сравнительной юриспруденции* в процессе получения высшего университетского юридического образования. *Принципы сравнительной юриспруденции*: гносеологическое начало, фундаментальность, влияние на познание отраслей национального права, их критический анализ.

Понятие сравнительного правоведения и особенности его предмета (методологическое сравнение отдельного правового института, автономное изучение иностранного права, историко-правовое сравнение, функциональность сравнения в праве).

Методология сравнительного правоведения: макроуровень - универсальное или репрезентативное сравнение, мезоуровень - институциональное сравнение, микроуровень - сравнение норм; синхрония и диахрония; внутреннее и внешнее сравнение; межсемейное и внутрисемейное сравнение; бинарное и линейное сравнение; предметное (нормативное) - формально-юридический (догматический) анализ и функциональное (проблемное) сравнение - сравнительное правовое толкование (Конрад Цвайгерт).

2. *Цель, основные задачи и миссия сравнительного правоведения* как области юридических знаний и как учебной дисциплины.

3. *Возникновение и основные этапы развития сравнительного правоведения*. Сравнительный метод изучения правовых и государственных явлений в античном мире и в средневековой Европе.

Становление и развитие сравнительного правоведения как науки во Франции, в Германии и в Англии в XIX веке. Кафедра сравнительного права в College de France (1832 г.). Возникновение Французского общества сравнительного права (1869 г.). Начало преподавания сравнительного права в университетах Франции, Бельгии, Италии, Германии и Испании.

I Международный конгресс по сравнительному праву (1900 г.): его значение для последующего развития сравнительного правоведения и проблематика обсуждаемых вопросов. Развитие сравнительной юриспруденции в I и во II половинах XX века (конгрессы, Академия сравнительного права, научные журналы и альманахи). Рене Давид и значение его работы «Великие системы современного права» (1962 г.). Конрад Цвайгерт и Хайн Кётц и значение их работы «Введение в правовое сравнение в области частного права» (1971 г.).

Наука сравнительного правоведения в России (Тилле, Швеков, Туманов, Саидов, Решетников, Тихомиров, Марченко, Лафитский). Особенности

изучения сравнительного правоведения и юридической географии мира на юридическом факультете Самарского университета.

4. *Сравнительное правоведение в системе юридических знаний* (в системе юридической науки, юридической практики и юридического образования). Соотношение сравнительного правоведения и сравнительной истории права; сравнительного правоведения и теоретической юриспруденции (общей теории права); сравнительного правоведения и отраслевых юридических наук.

Соотношение сравнительного правоведения и международного права (публичного и частного); сравнительного правоведения и коллизионного права; сравнительного правоведения и национального права зарубежных стран (конституционного права, гражданского права, уголовного права, трудового права).

5. *Источники сравнительного правоведения.* Значение сборников конституций и законодательства зарубежных стран. Судебная практика и её обобщение. Труды крупных исследователей. Первичные и вторичные источники сравнительно-правового знания.

6. *Терминология сравнительного правоведения.* Связь с терминологией общей теории права.

Система национального (государственно-территориального) права (система права). Правовая система: национальная (государственно-территориальная) и наднациональная (трансграничная). Семья правовых систем (правовая семья): Рене Давид. Форма правовых систем: Имре Сабо. Правовой круг: Карл-Хайнц Эберт. Правовой стиль: Конрад Цвайгерт. Правовая культура и правовая традиция. Правопорядок.

7. *Становление и развитие научных представлений о наднациональных (трансграничных) правовых системах:* классификации XIX и XX вв.

Французские классификации:

Э. Глассон - критерий исторического происхождения: правовые системы, в которых с наибольшей силой проявилось влияние римского права, правовые системы, где римское влияние невелико и право основано преимущественно на обычаях, правовые системы, которые вобрали в себя в равной мере черты римского и германского пандектного права.

А. Эсмен - критерий особенностей исторического формирования, общей структуры и отличительных черт: латинская (романская) группа, германская группа, англосаксонская группа, славянская группа, мусульманская группа, а также 2 оригинальные системы - римское и каноническое право.

А. Леви-Ульман - критерий роли различных видов источников права в правовой группе: правовые системы континентальных стран, англосаксонская правовая система, право ислама.

1919 г. - 50-летний юбилей Французского общества сравнительного права: выделение французской, англо-американской и мусульманской правовых семей.

I Международный конгресс сравнительного права 1900 г. - французская, англо-американская, германская, славянская и мусульманская правовые семьи.

Г. Зауер-Халль - расовый критерий: индоевропейская (индусское, иранское, кельтское, греческо-романское, германское, англосаксонское, латышско-славянское право), семитская и монгольская правовые системы, а также правовая система нецивилизованных народов.

К.-Х. Эберт - теория этноисторического формирования правовых систем (5 факторов правового стиля - критерий господства генеральной правовой идеи или правопорядка): романская, германская, англо-американская, дальневосточная и т. д.

Джон Вигмор «Панорама правовых систем мира» - смешение синхронного и диахронного методов исследования, а также применение иллюстрационного (иллюстративного) метода: 16 древних и современных правовых систем (египетская, месопотамская, иудейская, китайская, индусская, греческая, римская, японская, мусульманская, кельтская, славянская, германская, романистская, англиканская, церковная, морская правовые системы).

Концепция Рене Давида: идея трихотомии - 2 критерия: идеологический (факторы религии, философии, экономической и социальной структуры общества) и критерий юридической техники - выделение романо-германской правовой семьи, семьи «общего права» и социалистической правовой семьи.

Концепция Конрада Цезауэрта, Хайна Кётца и К.-Х. Эберта: критерий правового стиля - 5 факторов: происхождение и эволюция правовой системы, своеобразие юридического мышления, специфические правовые институты, природа источников права и способы их толкования, идеологический фактор; 8 правовых кругов: романский, германский, скандинавский, англо-американский, социалистический, исламский, индусский, обычный.

Концепции К. Осаке, Р. Леже, А. Х. Саидова, В. И. Лафитского.

Основные критерии сравнительного анализа наднациональных (трансграничных) правовых систем (историческое развитие, идеология - политико-государственная и специально-юридическая, социально-экономическое состояние, религия и обычаи, формально-юридические критерии - терминология, стилистика юридических документов, правоприменительная практика).

8. *Юридическая география современного мира как составная часть сравнительного правоведения*. Универсальная карта трансграничных правовых систем современности и её практическое значение. Использование диверсивной терминологии: правовая карта мира (В. А. Туманов), юридическая география мира (В. Кнапп), сообщество правовых систем (Ж. Сталев).

Значение юридической географии мира для формирования глобального специализированного представления о праве.

Специальная литература к теме 1

1. Алексеев С. С. «Семь» права и вопросы правовой конвергенции // Избранное. М: Статут, 2003.
2. Дождев Д. В. Сравнительное право: состояние и перспективы // Российский ежегодник сравнительного права. 2007. № 1.-С. 7 - 28.
3. Желдыбина Т. А. Становление и развитие сравнительно-правовых исследований в цивилистике России (XIX - начало XX века). М.: ИНФРА-М, 2014.
4. Малько А. В., Саломатин А. Ю. Сравнительное правоведение в российском юридическом образовании // Государство и право. 2011. №2.-С. 39 -45 .
5. Марченко М. Н. Понятие сравнительного права (сравнительного правоведения) // Вестник Московского университета. Серия 11. «Право». 1999. № 1.-С. 44 - 53.
6. Марченко М. Н. Объект и предмет сравнительного права // Вестник Московского университета. Серия 11. «Право». 1999. № 2.-С. 43 - 54.
7. Марченко М. Н. Государство и право в условиях глобализации. М.: Проспект, 2009;
8. Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судебское право. М.: Проспект, 2011.
9. Осаке К*. Размышления о природе сравнительного правоведения: некоторые теоретические вопросы // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2006. № 3.
10. Саидов А. Х. О предмете антропологии права // Государство и право. 2004. № 2.-С. 63 - 69.
11. Саидов А. Х. Глобализация и сравнительное правоведение / Московский юридический форум «Глобализация, государство, право, XXI век». М.: Городец, 2004.-С. 127 - 131.
12. Саломатин А. Ю. О концепции курса «Сравнительное правоведение» и сравнительно-правовых исследованиях // Актуальные проблемы политики и права. Вып. 8. Пенза, 2005.
13. Саломатин А. Ю. Сравнительное правоведение. Методические рекомендации к учебному курсу. Пенза, 2005.
14. Спиринов М. Ю. Об элементах структуры сравнительного правоведения как науки // Юридический вестник СамГУ. 2015. Т. 1. № 3.-С. 33-36.
15. Спиринов М. Ю. Наднациональная (трансграничная) правовая система: вопросы теории // Законодательство. 2016. № 3.-С. 68 - 72.
16. Тилле А. А., Швеков Г. В. Сравнительный метод в юридических дисциплинах. М.: Высшая школа, 1973.
17. Тихомиров Ю. А. Сравнительное правоведение: развитие концепции и общественной практики // Журнал российского права. 2006. № 6.
18. Туманов В. А. О развитии сравнительного правоведения // Советское государство и право. 1982. № 11.-С. 41 - 53.
19. Туманов В. А. Избранное. М.: Норма, 2010.-С. 530-578, 708 - 719.
20. Чиркин В. Е. Сравнительное государственное право. М.: Норма, 2011.

Общая часть.
Юридическая география мира

Тема 2. Романо-германская трансграничная правовая система

1. Возникновение и основные этапы развития романо-германской трансграничной правовой системы. Обычное (варварское) право и римское право. Право и идеи христианской цивилизации. Право и мораль. Местное право и позиция католической церкви. Право как выражение мирского греха. Каноническое право. Фома Аквинский и его взгляды на право.

Первое преобразование континентального права в ХН-ХШ вв. Деятельность европейских университетов и университетская правовая наука. Глоссаторы и постглоссаторы (консилиаторы). Значение рецепции римского права. Идея «естественного права» и историческая школа права.

Второе преобразование континентального права в XIX в. Кодификационные работы во Франции, Германии и Швейцарии. Проблематика торгового и семейного права.

Структура Гражданского кодекса Франции 1804 г.: Вводный титул и 3 книги - о лицах (в том числе - семейное право), об имуществе и различных видоизменениях собственности, о различных способах, которыми приобретается собственность (римская институционная система кодекса - отсутствие Общей части).

Структура Германского гражданского уложения 1896 - 1900 гг.: 5 книг - Общая часть, обязательственное право, вещное право, семейное право, наследственное право (пандектная система кодекса - выделение Общей части).

Структура Швейцарского гражданского кодекса 1907 г.: Вводный титул и 4 книги - субъекты права (лица физические и юридические), семейное право, наследственное право, право собственности и Швейцарский обязательственный закон как 5 книга Швейцарского гражданского кодекса 1911-1936 г.: 5 частей - общие положения об обязательствах и отдельные виды обязательств.

1. *Понятие нормы романо-германского права, её характеристика и значение в процессе получения юридического образования и практической юридической деятельности.* Норма права как идеал, как выражение всеобщей справедливости, как абстрактная модель человеческого поведения. Исходные нормы (дефиниции, декларации, цели и задачи, принципы) и нормы - правила (общие и специальные). Императивные и диспозитивные нормы права. Норма права и статья нормативного правового акта. Проблема соотношения права и закона. «Первичные» и «вторичные» нормы романо-германского права.

3. *Система романо-германского права.* Дихотомия в делении системы права. Публичное и частное право. Материальное и процессуальное право. Отраслевое деление системы права: отрасли, подотрасли, институты и субинституты права. Значение выделения Общей и Особенной частей права и законодательства.

4. *Фирмы (формальные источники) романо-германского права.* Особое место закона среди форм права. Основные виды законов. Конституция, органические законы. Кодифицированные законы (кодексы). Значение систематизации права и внутренней кодификации конституций императора Юстиниана (VI в.). Регламенты, декреты, указы, ордонансы. Административные акты. Правовой обычай. Судебная практика и её значение; сборники судебной практики. Обязательные прецеденты. Правовые позиции высших судов. Административная юстиция. Научная доктрина как источник и форма права. Применение закона и права по аналогии.

Общая сравнительно-правовая характеристика Французского гражданского кодекса 1804 г. и Германского гражданского уложения 1896- 1900 гг.

Толкование закона: основные принципы и специфика.

5. *Внутренние подгруппы в рамках романо-германской трансграничной правовой системы.*

Романское (латинское) право (непосредственная близость к конструкциям римского классического права; особенности публичного и частного права: уголовное право; первые кодификации; основные школы юристов; язык материального и процессуального закона; особенности социального правосознания).

Германское (центральноевропейское) право (традиции обычного, городского и канонического права; пандектное право; особенности публичного и частного права: гражданское процессуальное и церковное право; заимствованная идея кодификации; историческая школа права; язык закона; особенности социального правосознания).

Скандинавское (северное) право (взаимосвязь обычного, прецедентного и нормативного права; высокая роль государства в правовом регулировании; консолидации норм права: кодекс короля Христиана V в Дании XVI в., Собрание законов Шведского государства XVIII в.).

Латиноамериканское право (дуализм правовой системы: вариант 1 - публичное и частное право, использующие различные традиции правового регулирования; кодификации и консолидации XIX в.; особенности социального правосознания).

Дальневосточное рецептированное право (дуализм правовой системы: вариант 2 - официальное и обычное (местное) право; роль религиозной и традиционной культуры; право и философия жизни; особенности социального правосознания).

Возможное место правовой системы России в рамках романо-германской трансграничной правовой системы.

Специальная литература к теме 2

1. Аннерс Э. История европейского права / пер. со швед. М.: Прогресс, 1996.
2. Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / пер. с англ. М.: Изд-во МГУ - Норма, 1998.
3. Кабриак Р. Кодификации / пер. с франц. и вступительная статья Л. В. Головки. М.: Статут, 2007.
4. Карапетов А. Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М: Статут, 2011.
5. Лубенский А. И. Систематизация законодательства во Франции. М., 1970.
6. Марченко М. Н. Закон в системе источников романо-германского права // Вестник Московского университета. Серия 11. «Право». 2000. № 3.
7. Марченко М. Н. Вторичные источники романо-германского права: прецедент, доктрина / У Вестник Московского университета. Серия 11. «Право». 2000. №4.-С. 52 - 63.
8. Марченко М. Н. Особенности судебного прецедента в системе романо-германского права // Государство и право. 2006. № 8.-С. 22 - 28.
9. Тихомиров Ю. А. Теория закона. М., 1982.
10. Томсинов В. А. О сущности явления, называемого рецепцией римского права // Вестник МГУ. Серия «Право». 1998. № 4.
11. Хомякова Н. П. Роль французской судебной практики как источника нормотворчества // Государство и право. 2011. № 1.-С. 101 - 103.
12. Шумилов В. М. Введение в правовую систему ФРГ. М., 2001.

Тема 3. Правовая система Великобритании

1. *Общая характеристика трансграничной правовой системы «общего права».* Понятие и уникальное значение английского права.

2. *Основные этапы становления и развития английского права.* Варварское (обычное) право. Роль римского права в Британии. Значение норманнского завоевания Британии в 1066 г.

Общее право. Деятельность Вестминстерских королевских судов.

Право справедливости. Деятельность лорда-канцлера и его судебных органов.

Противостояние общего права и права справедливости. Компромисс 1616 г.

Последующее взаимодействие общего права и права справедливости. Их соотношение с римским и с континентальным правом.

Развитие английского законодательства (статутного права) в XIX - XX вв.

3. *Концепция нормы права. Английское право как открытая система.* Императивные и диспозитивные нормы через призму казусов и судебной практики. Понятие equity (норма справедливости, определяемая судебной практикой).

Соотношение материального и процессуального аспектов общего права и права справедливости. Значение форм судебных исков по гражданским и уголовным делам. Источники повышенной значимости судебной практики в английском праве.

4. *Источники и формы английского права. Особая роль судебного прецедента.* Категория stare decisis как отражение обязательности и силы прецедента. Пределы действия правила прецедента. «Связанность» судьи прецедентом: значение данного принципа и его историческое развитие. *Структура прецедента: категории ratio decidendi u obiter dictum.* Основные научные подходы к структуре английского судебного прецедента. Вариативность его элементов и способов их выражения.

Виды судебных прецедентов: императивные (обязательные), убеждающие и отвергнутые (неприменимые) прецеденты. Особенности убедительных прецедентов. Прецеденты факта и прецеденты права. Значение прецедента в вопросе применения и толкования законов: действие норм закона «сквозь прецедент».

Статут в английском праве: акты парламента и правительственной системы.

Значение правового обычая как формы права. Научная доктрина и «общественный разум». Соотношение права и морали: категории «здравый смысл» и «добрые нравы».

5. *Английская судебная система. Понятие судебной власти как правотворческой власти.* Значение Апелляционного комитета Палаты лордов и Верховного Суда Соединённого Королевства. Судьи. Квазисудебная юрисдикция. Современная реформа английской судебной системы (2005 - 2015 гг.).

6. *Особенности отдельных понятий и категорий в английском праве* (на примере гражданского и уголовного права). Значение терминов trust и tresspass.

7. *Особенности получения юридического образования в Великобритании.* 3 варианта: юридические школы-гильдии (инны) - подготовка барристеров; отделения Юридического общества - подготовка солиситоров; университеты - подготовка бакалавров и магистров юриспруденции.

Особенности профессии английского юриста.

Специальная литература к теме 3

1. Аларова Т. В. Суды и судебный процесс в Великобритании: Англия, Уэльс, Шотландия. М.: Юридическая литература, 1996.
2. Арчер П. Английская судебная система. М., 1959.
3. Богдановская И. Ю. Прецедентное право. М.: Наука, 1993.
4. Богдановская И. Ю. Судейское право и его современная роль // Право и демократия. 1995. Вып. 7.
5. Бромхэд П. Эволюция британской конституции. М., 1978.
6. Власова Т. В. Английская судебная система // Право и экономика. 2001. № 8.
7. Дженкс Э. Английское право. М., 1947.
8. Иванова И. К. Палата лордов на рубеже XXI века // Государство и право. 2003. № 6.-С. 70-73.
9. Киралфи А. Источники английского права / История права: Англия и Россия. М.: Прогресс, 1990.-С. 148-167.
10. Кросс Р. Прецедент в английском праве / пер. с англ., под общ. ред. Ф. М. Решетникова. М.: Прогресс, 1985.
11. Крылова Н. Статус суда в Великобритании // Вестник Верховного Суда СССР. 1991. № 5.
12. Максимов А. А. Прецедент как один из источников английского права // Государство и право. 1995. № 2.
13. Марченко М. П. Основные источники англосаксонского права: понятие, прецедент // Вестник Московского университета. Серия 11. «Право». 1999. №4.-С. 26-41.
14. Марченко М. Н. Судебный прецедент: разнообразие понятий и многообразие форм проявления // Журнал российского права. 2006. № 6.
15. Оробинский В. В. Английское договорное право: просто о сложном. Ростов н/Д: Феникс, 2015.

16. Романов А. К. Правовая система Англии. 2-е изд., испр. М.: Дело, 2002.
17. Романов А. К. Право и правовая система Великобритании. М.: Форум, 2010.
18. Тонкое Е. Н. Толкование закона в Англии. СПб.: Алетейя, 2013.
19. Уолкер Р. Английская судебная система. М.: Юридическая литература, 1980.

Тема 4. Правовая система США и модернизация «общего права»

1. *Особенности американского права. Американское право и право США. Основные этапы становления и развития права США.* Принцип дела Кальвина (XVII в.). Влияние английского и континентального права.

2. *Структура правовой системы США. Федеральное право и право штатов.* Принцип остаточной компетенции. Коллизия законов и основные способы её разрешения. Право справедливости и категория equity в праве США.

3. *Формальные источники права США.* Значение Конституции США 1787 г. и Билля о правах 1791 г. Закон: значение, особенности формы и содержания. Унификация американского законодательства. Кодексы и Единые образные законы.

4. *Дуализм судебной системы США.* Виды судов и судебных инстанций. *Разграничение юрисдикции федеральных судов и судов штатов. Роль и значение Верховного Суда США в судебной системе США.* Значение судебной практики. Особенности действия правила stare decisis. Судейский корпус США. Судебный контроль за действием Конституции США.

«Поворотные решения» Верховного Суда США и их влияние на правотворческую и правоприменительную практику.

5. *Особенности юридического образования в США* (правовые школы, колледжи и университеты).

Особенности профессии юриста в США (адвокатская и иная юридическая практика).

Специальная литература к теме 4

1. Бернам У. Правовая система США / пер. с англ. М.: Новая юстиция, 2006.
2. Боботов С. В., Жигачев И. Ю. Введение в правовую систему США. М.: Норма, 1997.
3. Жидков О. А. Верховный суд США: право и политика / отв. ред. А. А. Мишин. М.: Наука, 1985.
4. Карапетов А. Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М.: Статут, 2011.
5. Лафитский В. И. Конституционный строй США. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2011.

6. Маслова О. В. Судебная власть как субъект правовой политики США // Право. Законодательство. Личность. 2010. № 2 (9).-С. 169-171.
7. Саломатин А. Ю. Верховный Суд США: судебная правовая политика от Дж. Джея до Дж. Робертса. М.: РИОР: ИНФРА-М, 2013.
8. Соединённые Штаты Америки: Конституция и законодательные акты / под ред. О. А. Жидкова; пер. с англ. Т. В. Апаровой и др. М.: Прогресс - Универс, 1993.
9. Филиппов С. В. Судебная система США. М, 1980.
10. Фридман Л. Введение в американское право / пер. с англ. М.: Прогресс - Универс, 1993.
11. Шумилов В. М. Правовая система США. Изд. 2-е, перераб. и доп. М.: Международные отношения, 2006.
12. Шумилов В. М. Правовая система США. 3-е изд. М.: Международные отношения, 2013.
13. Ярославцева Д. К. Правовое значение Верховного Суда США в реализации судебного конституционного контроля // Вестник Саратовской государственной академии права. 2009, № 6(70).-С. 57-61.

Тема 5. Мусульманское право как характерный пример традиционно-религиозной трансграничной правовой системы

1. Соотношение права и ислама. Религиозно-правовая доктрина как выражение мусульманского права: *соотношение акиды и фикха.*

Шариат: понятие, значение и структура (ибадат, муамалат, укубат). «Классическое» и «модернизированное» мусульманское право. Мусульманское право и современность. Соотношение религиозно-правовой системы с нормативными правовыми актами и судебной практикой.

2. Формальные источники мусульманского права. Коран. Сунна: хадисы. Иджма: понятие и разновидности. Кияс. Адагы. Урф. Фетва.

3. Понятие и историческое развитие фикха. Фикх как действующее право и как теоретическая юриспруденция. Разделы и отрасли фикха. Основные методы и приёмы фикха: истислах, истихсан, кияс. Формулы кияса. Принцип и уровни таклида. Соотношение шариата, фикха и адатного права.

4. Основные виды норм поведения в мусульманском праве: харам, фард, мандуб, макрух, халяль. Муба. Виды нарушений социальных норм.

5. Понятие, значение и категории муджтахидов. Факих и иджтихад. Аяталлах, муфтий и их полномочия. Значение мусульманских мазхабов. Раи.

6. Особенности организации судебной системы и судопроизводства. Кади. Традиционная и модернизированная судебная система в современных мусульманских странах.

7. Особенности правовых систем Турции, арабских государств Северной Африки (Магриб) и Саудовской Аравии.

8. Исламская концепция «идеального государства». Принципы государственного управления: совещательность, консультации, надзор. Халифат, султанат, эмират, имамат, Джамахирия.

Специальная литература к теме 5

1. Ван ден Берг Л. В. С. Основные начала мусульманского права согласно учению имамов Абу Ханифы и Шафии / пер. с голланд. М: Наталис, 2005.
2. «Воинствующий ислам» и меры противодействия его влиянию: сборник статей. М., 1988.
3. Гигиберидзе Г. М. Исламский толковый словарь. Ростов н/Д.: Феникс, 2009.
4. Ислам. Энциклопедический словарь. М.: Наука, 1991.
5. Колесников П. М. Мусульманское право в правовых системах исламских государств: тенденции, современное состояние и перспективы развития // Право и политика. 2011. № 2.-С. 140- 149.
6. Массэ А. Ислам. М., 1969.
7. Мисроков З. Х. Феномен адатского и мусульманского права народов Северного Кавказа в процессах трансформации российской государственности (XIX - начало XXI вв.) // Государство и право. 2002. № П.-С. 110- 115.
8. Мисроков З. Х. Адат и Шариат в российской правовой системе: Исторические судьбы юридического плюрализма на Северном Кавказе. М.: Изд-во МГУ, 2002.
9. Мусульманское право. Структура и основные институты. М.: Юридическая литература, 1984.
10. Саидов А. Х. Основы мусульманского права. Курс лекций. Ташкент, 1995.
11. Сюкияйнен Л. Р. Доктрина как источник мусульманского права / Источники права. М., 1985.
12. Сюкияйнен Л. Р. Мусульманское право. Вопросы теории и практики. М.: Наука, 1986.
13. Сюкияйнен Л. Р. Мусульманская государственно-правовая доктрина// Современное буржуазное государственное право.-М., 1987. Кн. 1.
14. Сюкияйнен Л. Р. Шариат: религия, нравственность, право // Государство и право. 1996. № 8.
15. Сюкияйнен Л. Р. Шариат и мусульманско-правовая культура. М.: ИГП РАН, 1997.
16. Сюкияйнен Л. Р. Ислам и права человека в диалоге культур и религий. М.: Садра, 2014.
17. Шарль Р. Мусульманское право/ пер. с франц. М.: Прогресс, 1959.

Тема 6. Иные традиционно-религиозные правовые системы

Китайская правовая система

Индусская правовая система

Иудейское право

Правовые системы Дальнего Востока и

Юго-Восточной Азии

Обычное право (на примере правовых систем Западной и

Центральной Африки и острова Мадагаскар)

Социалистическое (квазирелигиозное) право как особый пример

традиционно-религиозной правовой системы

(для самостоятельного изучения)

Тема 7. Место правовой системы России на юридической карте мира

1. *Возникновение и основные этапы развития правовой системы России.* Формирование и эволюция традиционно-государственного типа правопонимания. Значение и традиции византийского права. Советское идеологическое право.

2. *Современная правовая система России в контексте романо-германской трансграничной правовой системы.* Особенности соотношения публичного и частного права. Отрасли российского права и законодательства.

3. *Формальные источники современного российского права и основные тенденции их развития.* Кодификации в СССР и в России. Своды законов. Особенности нормотворческой деятельности. Значение судебной практики и юридической доктрины как источников и форм права.

4. *Основные проблемы и перспективы развития правовой системы России.* Соотношение морали и права.

5. *Особенности современного российского юридического образования и профессии юриста в России.*

Специальная литература к теме 7

1. Анисимов А. П. Судебный прецедент: от теории к практике // Российский судья. 2009. № 3.
2. Анишина В. И. Решения российских судов в системе праворегулирования: некоторые проблемы теории и практики // Государство и право. 2007. № 7.
3. Богдановская И. Ю. Судебный прецедент - источник права? // Государство и право. 2002. № 12.-С. 5-10.
4. Верещагин А. Н. Судебное правотворчество в России. Сравнительно-правовые аспекты. М.: Международные отношения, 2004.
5. Гук П. А. Судебное нормотворчество: теория и практика / под ред. Н. И. Матулюва. Пенза, 2009.
6. Гурова Т. В. Судебный прецедент как формальный источник права и его место в системе источников права в России // Атриум. 1997. № 3.
7. Дудко И. Г. К вопросу о «правовой системе» субъектов Российской Федерации // Государство и право. 2003. № 9.-С. 96 - 99.
8. Зорькин В. Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. 2004. № 12.
9. Мартышин О. В. О некоторых особенностях российской правовой и политической культуры // Государство и право. 2003. № 10.-С. 24 - 30.
10. Морозова Л. А. Ещё раз о судебной практике как источнике права // Государство и право. 2004. №1.-С. 19-23.
11. Осаке К. Типология современного российского права на фоне правовой карты мира // Государство и право. 2001. № 4.-С. 12-22.

12. Рарог А. И. Правовое значение разъяснений Пленума Верховного Суда РФ // Государство и право. 2001. №2.-С. 51 - 57.
13. Рашидов А. Проблемы признания судебного толкования источником права // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2005. № 1.
14. Романова О. В. К вопросу о понятии и природе правовых позиций Конституционного Суда РФ // Государство и право. 2001. № 7.-С. 84 - 87.
15. Сауляк О. П. Судебная практика как источник российского права (материальный и формальный аспекты проблемы) // Государство и право. 2009. № П.-С. 5 - 10.
16. Синюков В. Н. Российская правовая система. Введение в общую теорию. Саратов, 1994.
17. Синюков В. Н. Российская правовая система. Введение в общую теорию. 2-е изд., доп. М.: Норма, 2010.
18. Шаповалов И. А. Некоторые теоретические аспекты формирования российского правосознания // Государство и право. 2005. № 4.

Тема 8. Гибридные и смешанные правовые системы *(для самостоятельного изучения)*

Особенная часть.

Сравнительно-правовые исследования институционального, отраслевого и межотраслевого уровней

1. Особенности отдельных институтов и субинститутов современного российского материального и процессуального права (в различных отраслях российского права; например, в уголовном праве: преступление, наказание, судимость, основание уголовной ответственности, стадии реализации уголовной ответственности; в гражданском праве: сделка, договор, доверенность, обязательство, оферта, акцепт, траст, объективное вменение).

2. Методика проведения сравнительно-правового исследования на уровне отдельных институтов и норм права.

3. Итоги и практическое значение институционального сравнительно-правового исследования.

Специальная литература

1. Административное право зарубежных стран / под ред. А. Н. Козырина и М. А. Шатиной. М., 2003.
2. Александрова А. В. Современные тенденции развития социального законодательства (сравнительно-правовой аспект) // Правовая политика и правовая жизнь. 2010. № 2 (39). С. 179- 182.
3. Бакуева М. Г. Гражданское и торговое право зарубежных стран. Учебно-методический комплекс. Тюмень: Изд-во ТюмГУ, 2004.

4. Башимов М. Институт омбудсмана в странах СНГ и Балтии // Государство и право. 2004. № 5.-С. 63 - 73.
5. Боронбеков С. Современные уголовно-правовые системы и школы. Рязань, 1994.
6. Булаков О. Н. Особенности реализации законодательной функции Советом Федерации и верхними палатами европейских государств // Государство и право. 2004. № 7.-С. 90 - 95.
7. Васильев Е. А., Зайцева В. В., Костин А. А. и др. Гражданское и торговое право капиталистических государств. 2-е изд., перераб. и доп. / отв. ред. Б. А. Васильев. М., 1992.
8. Ведерникова О. Н. Основные криминологические системы современности (сравнительный анализ)//Государство и право. 2002. № 10.-С. 32-40.
9. Ведерникова О. Н. Современные уголовно-правовые системы: типы, модели, характеристика // Государство и право. 2004. № 1.-С. 68 - 76.
10. Гойхбарг А. Г. Сравнительное семейное право. М., 1927.
11. Головкин Л. В. Новый УПК Российской Федерации в контексте сравнительного уголовно-процессуального права // Государство и право. 2002. № 5.-С. 51-61.
12. Гражданское и торговое право зарубежных государств: в 2-х т. / отв. ред. Е. А. Васильев, А. С. Комаров. Изд. 4-е, перераб. и доп. Т. I. М.: Международные отношения, 2004; Т. П. М.: Международные отношения, 2005.
13. Гражданское и торговое право зарубежных стран / под ред. В. В. Безбаха и В. К. Пучинского. М., 2004.
14. Елисеев Н. Г. Гражданское процессуальное право зарубежных стран. М., 2004.
15. Жидков О. А. Гражданское и семейное право развивающихся стран. Гражданские кодексы Латинской Америки. М., 1988.
16. Зарандия Т. Просрочка должника и кредитора (сравнительно-правовое исследование) // Государство и право. 2001. № 8.-С. 105 - 108.
17. Зенин И. А. Гражданское и торговое право зарубежных стран. М., 1999.
18. Иванов А. М., Корчагин А. Г. Сравнительное уголовное право. Владивосток, 2002.
19. Иванов С. А. Трудовое право переходного периода: проблемы использования зарубежного опыта // Государство и право. 1995. № 3.
20. Киселёв И. Я. Сравнительное и международное трудовое право. М., 1999.
21. Киселёв И. Я. Сравнительное трудовое право стран развитой рыночной экономики. М., 1999.
22. Киселёв И. Я. Сравнительное трудовое право. М.: Проспект, 2005.
23. Киселёв И. Я., Лушников А. М. Трудовое право России и зарубежных стран: международные нормы труда. М., 2008.
24. Королёв С. В. Компаративистика публичного права. М.: Телер, 1998.
25. Лебедев В. М., Воронкова Е. Р., Мельникова В. Г. Современное трудовое право (опыт трудового компаративизма). М., 2007.
26. Лехтинен Л. Сравнительный анализ: разрешение трудовых споров в Финляндии и в Российской Федерации // Государство и право. 2001. № 5.-С. 42 - 48.
27. Лихачёв В. А. Уголовное право в независимых странах Африки. М., 1974.
28. Малиновский А. А. Сравнительное правоведение в сфере уголовного права. М.: Международные отношения, 2002.
29. Медушевский А. Н. Сравнительное конституционное право и политические институты: курс лекций. М., 2002.
30. Миронов С. И. Необходимая оборона по уголовному праву Англии и США: особенности регулирования // Государство и право. 2002. № 6.-С. 61 - 67.

31. Основные институты гражданского права зарубежных стран: сравнительно-правовое исследование / под ред. В. В. Залесского. М.: Норма, 1999.
32. Пантелеев В. А., Козочкин И. Д., Лихачёв В. А. Уголовное право развивающихся стран. Общая часть. М., 1988.
33. Половченко К. А. Толкование Конституции (и законов) Конституционными Судами России и Украины: теоретические и практические проблемы (сравнительно-правовой анализ) // Государство и право. 2002. № 10.-С. 57 - 63.
34. Проблемы международного и сравнительного трудового права и права социального обеспечения / отв. ред. М. Ю. Фёдорова. Омск, 2006.
35. Пучинский В. К. Английский гражданский процесс. М., 1974.
36. Санисалова Н. А. Развитие современного российского гражданского права в свете зарубежного правового опыта// Правовая политика и правовая жизнь. 2010. № 2 (39).-С. 174 - 178.
37. Сравнительное конституционное право / отв. ред. В. Е. Чиркин. М., 2002.
38. Сравнительное трудовое право/ отв. ред. С. А. Иванов. М., 1987.
39. Трудовое и социальное право зарубежных стран: основные институты: сравнительно-правовое исследование/ под ред. Э. Б. Френкель. М.: Юрисъ, 2002.
40. Уголовное право зарубежных стран. Общая часть / под ред. И. Д. Козочкина. М, 2003.
41. Федин Д. Сравнительные исследования в трудовом праве: проблемы методологии // Советское государство и право. 1985. № 11.
42. Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2 т. Том II. Договор. Неосновательное обогащение. Деликт: пер. с нем. М.: Международные отношения, 2000.
43. Чудинов О. Р. Понятие недобросовестной конкуренции в соответствии с гражданским правом Франции и Российской Федерации // Вестник Саратовской государственной академии права. 2009. № 4 (68).-С. 65 - 69.

**ТЕМАТИЧЕСКИЙ ПЛАН
ПРАКТИЧЕСКИХ (СЕМИНАРСКИХ) ЗАНЯТИЙ**

Семинарское занятие № 1.

Введение в сравнительное правоведение.

**Терминология и основные концепции наднациональных
(трансграничных) правовых систем**

1. Понятие компаративистики в широком и узком смыслах. Понятие, предмет и методы сравнительного правоведения. Сравнительное правоведение и сравнительно-правовой метод. Соотношение терминов «сравнительное правоведение» и «сравнительное право»; «сравнительное правоведение» и «правовое сравнение»; «сравнительное правоведение» и «сравнительное законодательство».

2. Предмет и методы сравнительного правоведения.

3. Место сравнительного правоведения в системе юридического знания (юридическая наука, юридическое образование и юридическая практика).

4. Соотношение сравнительного правоведения и сравнительной истории права; сравнительной и теоретической юриспруденции (общей теории права); сравнительного правоведения и отраслевых юридических наук.

5. Соотношение сравнительного правоведения и международного права (публичного и частного); сравнительного правоведения и коллизионного права; сравнительного правоведения и государственно-территориального (национального) права зарубежных стран (конституционного, административного, гражданского, уголовного права).

6. Цель и основные задачи сравнительного правоведения как науки.

7. Возникновение и основные этапы развития сравнительного правоведения. I Международный конгресс по сравнительному праву (1900 г.): его значение для последующего развития науки сравнительного правоведения и проблематика обсуждаемых вопросов.

8. Источники сравнительного правоведения. Основные методы и способы сравнительно-правового анализа. Понятие сравнимости. Важнейшие принципы и параметры сравнения.

9. Терминология теоретической и сравнительной юриспруденции: система национального (государственно-территориального) права и национальная (государственно-территориальная) правовая система.

10. Специальная терминология сравнительного правоведения: наднациональная (трансграничная) правовая система (группа правовых систем), семья правовых систем (правовая семья), правовой стиль, правовой круг, правопорядок, правовая традиция, правовая культура. Однородные правовые системы современности как классификационная группа юридической науки.

11. Становление и развитие научных представлений о наднациональных (трансграничных) правовых системах (II половина XIX в. - I половина XX в.).

12. Соотношение концепций Рене Давида, Конрада Цвайгерта - Хайна Кётца и Кристофера Осаке. Основные критерии сравнительного анализа национальных (государственно-территориальных) и наднациональных (трансграничных) правовых систем.

13. Современные зарубежные и российские концепции наднациональных (трансграничных) правовых систем.

14. Понятие юридической географии современного мира как фундаментальной и прикладной дисциплины. Универсальная карта правовых систем современности: основания, критерии и практические результаты её создания.

Семинарское занятие № 2.

Романо-германская **трансграничная** правовая система:
возникновение и развитие, **норма, система и формальные источники**,
особенности **реализации права и внутренние подгруппы**

1. Возникновение и основные этапы развития романо-германской трансграничной правовой системы. Значение варварского периода. Первое преобразование в XII - XV вв. Рецепция римского права: последовательность и значение. Университеты и идея «идеального» транснационального права. Идея естественного права и историческая школа права. Второе преобразование в XIX - первой половине XX в. Особенности кодификаций во Франции, Германии и Швейцарии.

2. Понятие нормы романо-германского права, её общая характеристика и значение её понимания в процессе получения юридического образования. «Первичные» и «вторичные» нормы права. Императивные и диспозитивные нормы права. Общие и специальные нормы права. Норма права и статья закона. Проблема соотношения права и закона в романо-германском праве.

3. Система (структура) романо-германского права. Публичное и частное право. Материальное и процессуальное право. Структура права. Отрасли,

подотрасли, институты и субинституты права: основания их выделения и практическое значение. Общая и Особенная части права и законодательства.

4. Основные формальные источники романо-германского права. Идея и признаки закона как важнейшего источника права. Значение писаной конституции. Конституционные (органические) законы. Кодифицированные законы (кодексы). Значение систематизации и кодификации Юстиниана (VI в.) для понимания современной идеи и конструкции кодекса. Подзаконные нормативные правовые акты: регламент, декрет, указ. Административные акты. Особенности действия правового обычая.

Судебная практика и её значение. Обобщение судебной практики, прецеденты органов паневропейской юстиции. Научная доктрина и формулирование юридических дефиниций и принципов права. Особенности применения права по аналогии.

5. Общая сравнительная характеристика Французского гражданского кодекса 1804 г. и Германского гражданского уложения 1896 - 1900 гг. (исторические условия принятия и введения в действие, структура, стиль и язык закона, особенности правоприменения, современное значение).

6. Толкование романо-германского закона: основные принципы и специфика.

7. Общая характеристика романо-германской судебной системы. Особенности судебной системы Европейского Союза.

8. Юридическое образование и профессия юриста в странах романо-германской трансграничной правовой системы.

9. Внутренние подгруппы романо-германской трансграничной правовой системы: основные классификации.

10. Особенности романского права.

11. Особенности германского (центральноевропейского) права.

12. Особенности скандинавского права.

13. Особенности латиноамериканского права.

14. Особенности дальневосточного права романо-германского типа. Значение вторичной рецепции римского права в XIX - XX вв.

Семинарское занятие № 3.

Трансграничная правовая система «общего права» и английская правовая система. Производные виды правовых систем «общего» права

1. Общая характеристика трансграничной правовой системы «общего права»: исторические особенности возникновения и развития, традиции понимания права, система и стиль права.

2. Английское (британское) право как ядро «общего» права. Возникновение и основные этапы развития английского права. Варварское право Британии и римское право. Королевская юстиция и традиция прецедента. «Общее право» и «право справедливости». Коллизия, компромисс и последующее взаимодействие общего права и права справедливости. Развитие английского статутного (законодательного) права в XIX - XX вв. Консолидации законодательства.

3. Особенности нормы английского права. Императивность и диспозитивность нормы через призму судебной практики. Английское право как открытая правовая система. Категория «справедливости» (equity). Техника английского права.

4. Формальные источники английского права.

Судебный прецедент и его значение. Категория *stare decisis* как принцип обязательности прецедента. Принципы и пределы действия прецедента. Категории *ratio decidendi* и *obiter dictum* в структуре английского судебного прецедента и прецедентного права. Виды судебных прецедентов. Интерпретационный прецедент. Ссылки на судебные прецеденты.

Значение и виды статута. Правовой обычай. Договор. Научная доктрина и принцип «разумности» («здравого смысла»).

5. Английская (британская) судебная система: историческое формирование и современное состояние. Судебная система и прецедентное право. Особенности квазисудебной юрисдикции. Современная реформа судебной системы Великобритании.

6. Особенности юридического образования и профессии юриста в Соединённом Королевстве Великобритании и Северной Ирландии. Соотношение категорий «барристеры» и «солиситоры». Статус королевского судьи.

7. Особенности канадского права.

8. Особенности австралийского права.

9. Особенности новозеландского права.

10. Особенности ирландского и южноафриканского права.

Семинарское занятие № 4.

Правовая система США как пример модернизации «общего права»

1. Американская правовая система и правовая система США: соотношение значений.

2. Основные этапы становления и развития права США. Влияние английской и романо-германской правовых традиций.

3. Структура правовой системы США. Федеральное право и право штатов. Федеральный интерес и остаточная компетенция. Прецедентное и статутное право. Коллизия закона и прецедента, основные способы её разрешения. Категория «equity» в праве США.

4. Формальные источники права США. Закон, административный акт и судебный прецедент. Значение Конституции США 1787 г. и Билля о правах 1791 г. Унификация американского законодательства. Свод законов США. Кодексы и единообразные законы. Особенности действия категории stare decisis.

5. Дуализм судебной системы США. Разграничение юрисдикции федеральных судов и судов штатов. Роль и значение Верховного Суда США в судебной системе. Судебный контроль конституционности принимаемых законов. «Поворотные решения» Верховного Суда США и их значение.

6. Особенности юридического образования и профессии юриста в США. Феномен «американизации» юриспруденции.

Семинарское занятие № 5.

Многообразие традиционно-религиозных правовых систем. Мусульманское право как характерный пример трансграничной традиционно-религиозной правовой системы. Гибридные и смешанные правовые системы

1. Мусульманское право в структуре ислама. Религиозно-правовая доктрина как универсальное выражение мусульманского права. Шариат. Фикх. Классическое и модернизированное мусульманское право. Соотношение ре-

лигиозно-правовой регламентации с нормативными правовыми актами и судебной практикой.

2. Источники и формы мусульманского права. Коран. Сунна. Хадисы и их значение. Иджма: понятие и разновидности. Кияс. Историческое значение адатов, Урф. Фетва. Фирманы и кануны.

3. Возникновение и основные этапы исторического развития фикха. Фикх как действующее право и теоретическая юриспруденция. Основные разделы и отрасли фикха. Методы и приёмы фикха. Формулы кияса. Принцип и уровни таклида.

4. Основные виды норм поведения в мусульманском праве. Виды нарушений социальных норм и их религиозно-правовые последствия.

5. Иджтихад. Понятие, значение и категории муджтахидов. Аяталлах, муфтий, кади и их полномочия.

6. Особенности организации судебной системы и судопроизводства в мусульманских странах.

7. Исламская концепция «идеального государства». Основные принципы государственного управления. Особенности моделей халифата, султаната, эмирата, имамата и Джамахирии.

8. Китайская правовая система.

9. Индусская правовая система.

10. Иудейское право.

11. Особенности правовых систем Дальнего Востока и Юго-Восточной Азии.

12. Особенности правовых систем стран Западной и Центральной Африки и острова Мадагаскар.

13. Социалистическое право как квазирелигиозная правовая система.

14. Гибридные и смешанные правовые системы: особенности права Сейшельских островов, Шотландии, Израиля, ЮАР, Филиппин, Гонконга.

ТЕМАТИКА ДОКЛАДОВ

1. Сравнительное правоведение и юридическая наука.
2. История возникновения и развития сравнительного правоведения.
3. Становление и развитие научных представлений о трансграничных правовых системах.
4. Романо-германская трансграничная правовая система (общая характеристика).
5. Система романо-германского права. Публичное и частное право. Материальное и процессуальное право.
6. Источники (формы) романо-германского права. Общая теория закона.
7. Французское право (общая характеристика).
8. Германское право (общая характеристика).
9. Испанское право (общая характеристика).
10. Итальянское право (общая характеристика).
11. Швейцарское право (общая характеристика).
12. Скандинавское право (общая характеристика).
13. Латиноамериканское право (общая характеристика).
14. Современное российское право и романо-германская трансграничная правовая система.
15. Английское право (общая характеристика). «Общее право» и «право справедливости».
16. Источники (формы) английского права. Общая теория судебного прецедента.
17. Английская судебная система (общая характеристика).
18. Правовая система США (общая характеристика).
19. Источники (формы) права США. Закон и судебный прецедент.
20. Судебная система США (общая характеристика).
21. Ирландское право (общая характеристика).
22. Канадское право (общая характеристика).
23. Австралийское и новозеландское право (общая характеристика).
24. Мусульманское право в структуре ислама. Понятие шариата и фикха.
25. Основные источники (формы) мусульманского права.
26. Фихх и таклид. Нормы поведения в мусульманском праве.
27. Индусское право (общая характеристика).
28. Китайское право (общая характеристика).
29. Японское право (общая характеристика).
30. Африканское обычное право (общая характеристика).
31. Социалистическое право (общая характеристика).
32. Гибридные и смешанные правовые системы (на примере Шотландии, канадской провинции Квебек, американского штата Луизиана, Пуэрто-Рико, Израиля).

КОНТРОЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ К ЗАЧЁТУ

1. Сравнительное правоведение: понятие, предмет и методология. Место сравнительного правоведения в системе юридических наук. Цель, основные задачи и миссия сравнительного правоведения как науки.
2. Возникновение и основные этапы развития сравнительного правоведения как науки. Источники сравнительно-правового знания.
3. Становление и развитие научных представлений о трансграничных правовых системах.
4. Система национального (государственно-территориального) права. Национальная (государственно-территориальная) правовая система. Наднациональная (трансграничная) правовая система (группа правовых систем). Правовая традиция. Правовая культура. Семья правовых систем (правовая семья). Правовой стиль. Правовой круг. Правопорядок.
5. Романо-германская трансграничная правовая система: возникновение, основные этапы развития, общая характеристика. Процесс рецепции римского права и виды кодификации в романо-германском праве.
6. Понятие и общая характеристика нормы права в романо-германской трансграничной правовой системе. Основные виды норм права. Соотношение права и закона.
7. Система (внутренняя структура) романо-германского права. Публичное и частное право. Материальное и процессуальное право. Структура права. Отрасли права. Общая и Особенная части права и законодательства.
8. Формальные источники романо-германского права. Специфика толкования закона.
9. Скандинавское право: общая характеристика.
10. Латиноамериканское право: общая характеристика.
11. Трансграничная правовая система «общего права»: возникновение, развитие, общая характеристика.
12. Понятие и основные этапы развития английского права. Соотношение «общего права» и «права справедливости».
13. Особенности нормы и системы английского права.
14. Формальные источники английского права. Судебный прецедент. Категории *stare decisis*, *ratio decidendi* и *obiter dictum*. Статут. Доктрина.
15. Английская судебная система и её современное реформирование.
16. Возникновение и основные этапы развития правовой системы США.
17. Система (внутренняя структура) права США.

18. Формальные источники права США. Закон и судебный прецедент.
19. Судебная система США.
20. Комплексная традиционно-религиозная трансграничная правовая система: общая характеристика.
21. Мусульманское право в структуре ислама. Шариат. Фикх. Классическое и модернизированное мусульманское право.
22. Формальные источники мусульманского права. Коран. Сунна. Иджма. Кияс. Значение адатов.
23. Основные разделы и отрасли фикха. Таклид. Виды норм поведения в мусульманском праве.
24. Мусульманская судебная система.
25. Исламская концепция «идеального государства». Основные принципы государственного управления. Халифат, имамат и Джамахирия.
26. Иудейское право: общая характеристика.
27. Китайское право: общая характеристика.
28. Индусское право и право Юго-Восточной Азии: общая характеристика.
29. Африканское обычное право: общая характеристика.
30. Социалистическое право как квазирелигиозная правовая система: общая характеристика. Коммунистическая идея и право.
31. Гибридные и смешанные правовые системы: причины возникновения, общая характеристика и тенденции развития.
32. Правовая система России и её место на юридической карте мира. Основные тенденции развития, особенности системы и формальных источников современного российского права.

ГЛОССАРИЙ К ЗА ЧЁТУ

Компаративистика - комплексное обозначение особого направления научной мысли и системы научных исследований разнообразных явлений социальной жизни на основе (базе) принципа сопоставления родственных (схожих), а также родовых и видовых по своей природе явлений и процессов для определения логического вывода о необходимости изменения одного из сравниваемых явлений и процессов в сторону качественного совершенствования.

Сравнительное правоведение (сравнительная юриспруденция) - вид юридического знания и специализированной юридической деятельности, состоящий в создании устойчивой системы методов сравнения правовых явлений прошлого и настоящего с последующим формированием на этой основе глобальной картины юридического мира.

Предмет сравнительного правоведения - объективная сравнимость правовых явлений социального мира, субъективно производимые на этой основе правовые сравнения на глобальном, трансграничном, государственно-территориальном, межрегиональном, местном, а также - межотраслевом, отраслевом, институциональном и нормативном уровнях и результаты таких правовых сравнений, закреплённые в источниках сравнительно-правового знания и необходимые для понимания и развития действующего права.

Методология сравнительного правоведения - система многофункциональных приёмов и способов сравнительного познания правовых явлений социального мира на различных уровнях их проявления.

Источник сравнительно-правового знания - средство выражения правовой информации, которая подлежит сравнительному анализу; также - средство закрепления результатов уже произведённого сравнительного анализа правовых явлений. Выделяются две группы таких источников: первичные (содержащие исходную регулятивную информацию) и вторичные (являющиеся результатами сравнительных обобщений и иных выводов на основе анализа и синтеза первичных источников).

Система национального (государственно-территориального) права - упорядоченная совокупность юридических норм, а также их объединений различного уровня (правовые институты, субинституты, отрасли и подотрасли права), лежащая в основе понимания позитивного права конкретного общества; является важным организующим элементом национальной (государственно-территориальной) правовой системы.

Национальная (государственно-территориальная) правовая система - организованная совокупность правовых явлений, регулирующих социальные взаимодействия в пространственных пределах одного государства, дополненная историей развития права, правовой идеологией и юридической практикой данного общества, а также применяемыми им элементами международного права.

Наднациональная (трансграничная) правовая система - условное обозначение группы родственных по критериям происхождения и действия национальных (государственно-территориальных) правовых систем, активно используемое в сравнительной юриспруденции для создания юридической карты мира и глобального анализа важнейших правовых культур.

Правовая традиция - устойчивая линия развития правовых явлений, входящих в состав механизма правового регулирования и составляющих основу понимания и действия права как социального регулятора, выраженная на национальном (государственно-территориальном), а также - на наднациональном (трансграничном) уровнях. Правовая традиция является фундаментальным условием обособления и последующего развития правовой культуры, а также основой для производимых классификаций наднациональных (трансграничных) правовых систем.

Правовая культура - система социальных ценностей, возникающая на основе развитого типа правосознания и выраженная в общественной активными действиями индивидов и их объединений в сфере права и по поводу права; в сравнительном правоведении также обозначает особый (уникальный) тип развития правовой системы.

Семья правовых систем (термин Рене Давида) - обозначение группы родственных по условиям исторического происхождения, идеологического содержания и техники формальных источников национальных (государственно-территориальных) правовых систем. Такая семья образуется на основе определенной «материнской» правовой системы (типа правопорядка).

Правовой стиль - обозначение стилистики правового регулирования социальных взаимодействий как на уровне составления юридически значимых документов (в том числе - формальных источников права), так и в рамках реализации предписаний конкретных юридических норм.

Правовой круг (термин Конрада Цвайгерта) - обозначение группы родственных по условиям содержания внутренней природы и выраженной в общественной стилистики правового регулирования социальных взаимодействий национальных (государственно-территориальных) правовых систем. Правовой круг

основан на устойчиво существующем в рамках этих систем типе социального правопорядка.

Правопорядок - устойчивая система социальных отношений, сложившаяся в обществе на основе длительной реализации режима законности; в сравнительном правоведении также употребляется в качестве синонима сложившейся национальной (государственно-территориальной) либо наднациональной (трансграничной) правовой системы.

Рецепция римского права - объективный процесс заимствования элементов римской классической правовой культуры обществами более поздних исторических эпох для последующего использования этих элементов в качестве средств и способов правового регулирования социальных взаимодействий. Рецепция римского права подразделяется на первичную (непосредственную) (общества Западной и Центральной Европы XII - XV вв.) и вторичную (производную) (общества Восточной Европы, Латинской Америки, Африки, Азии и Дальнего Востока XIX - XX вв.).

Кодификация - процедура приведения разрозненных юридических норм законов, подзаконных нормативных правовых актов, правовых обычаев и иных формальных источников права в массивы централизованной, логичной и непротиворечивой регулятивной информации в соответствии с правовыми традициями конкретного общества; вид систематизации законодательства, который считается стилистической особенностью романо-германской правовой традиции.

«Общее право» (common law) - структурная часть английского прецедентного права, состоящая из исторических прецедентов XI - XIV вв., а также - из прецедентов, созданных в более позднее время органами королевской юстиции; также используется как комплексное обозначение всей прецедентной англоязычной юридической традиции в пределах трансграничной правовой системы «общего права».

«Право справедливости» (law of equity) - структурная часть английского прецедентного права, состоящая из исторических прецедентов XIV - XVII вв., а также - из прецедентов, созданных в более позднее время органами канцлерской юстиции.

Статутное (законодательное право) (statutory law) - устойчивая часть английской правовой системы, включающая в себя совокупность актов британского парламента, кабинета министров, а также актов органов исполнительно-распорядительной и контрольно-надзорной власти, реализация которых на практике производится через призму действия судебных прецеден-

тов, использующих ссылки на эти акты; также обозначает второй структурный элемент в любой англоязычной правовой системе (наряду с прецедентным правом).

Судебный прецедент (judicial precedent) - вид формального источника права, который представляет собой индивидуально определенное решение суда (судьи) по конкретному делу, которое становится образцом (мерилом) для вынесения в будущем тем же судом (судьей) и всеми нижестоящими судами (судьями) решений по схожим (подобным) делам.

Stare decisis («стоять на своём; не отходить от принятого решения») - основной, сущностный принцип прецедентного права и качество судебного прецедента, которое определяет высокую степень его обязательности и т. н. «связанность» суда (судьи) своим прецедентом.

Ratio decidendi («записанный разум; основание решения») - условное обозначение центральной и конечной части судебного прецедента, которая определяет вынесенное решение суда (судьи) по конкретному делу (юридически значимые последствия), а также - те юридические нормы и принципы права, которые были положены в основу такого решения.

Obiter dictum («попутно сказанное») - условное обозначение вспомогательной части судебного прецедента, которая является выражением позиции суда (судьи) по рассмотренному делу, а также определяет условия и обстоятельства, при которых судом (судьей) было вынесено решение.

Статут (statute) — комплексное обозначение нормативного правового акта в странах прецедентной правовой традиции; часто используется как синоним закона.

Шариат («путь следования») - система религиозных предписаний ислама для регулирования широкого спектра социальных взаимодействий в мусульманском обществе.

Фикх («право; юриспруденция») - составная часть шариата, содержащая по преимуществу формально-юридические нормы поведения.

Адатное право - система местных обычаев, конкурирующая с религиозным (мусульманским) правом и часто включаемая в состав последнего с использованием разнообразных приёмов и компромиссов, что не исключает серьёзных противоречий между ними.

Таклид - уровень (степень) авторитетности мусульманского духовного лица (муджтахид), уполномоченного как на толкование норм шариата, так и на их реализацию; также обозначает степень важности (обязательности) правоприменительных актов такого лица.

Халифат - глобальная идеологическая модель исламского религиозного государства суннитского толка.

Имамат - региональная военно-идеологическая модель исламского религиозного государства шиитского толка.

Джамахирия - особая идеологическая модель «арабской демократии» (власти общин).

Квазирелигиозная правовая система - тип правовой системы, в которой государственная (политическая) идеология занимает место религиозной идеологии в качестве фундамента регулирования социальных взаимодействий; право при этом занимает подчинённое такой государственной (политической) идеологии место; при этом такая идеология содержит в себе религиозные (сакральные) черты (социалистическое или коммунистическое право).

Гибридная правовая система - тип правовой системы, в которой примерно в равных долях сочетаются стилистические элементы двух различных правовых традиций (правовые системы Сейшельских островов и Шотландии).

Смешанная (комплексная) правовая система - тип правовой системы, в которой находят своё выражение стилистические элементы трёх и более различных правовых традиций (правовые системы Израиля и Филиппин).

Юридическая карта мира - комплексное абстрактное обозначение всех сосуществующих национальных (государственно-территориальных) правовых систем и объединяющих их наднациональных (трансграничных) правовых систем, которые определяют существующее право в качестве глобальной ценности всего человечества; создание юридической карты мира является основной задачей юридической географии мира как составной (Общей) части сравнительного правоведения.

(Извлечения из работы Рене Давида и Камиллы Жоффре-Спинози
«Великие системы современного права»)

Источник: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / пер. с франц. М: Международные отношения, 1998.

Отдел 1. Сравнительное право.

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

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

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

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

Лишь в XIX веке вследствие национальных кодификаций идея "всеобщего права" сошла со сцены и как результат этой "культурной революции" появилась возможность, а затем и необходимость сравнивать законодательство различных европейских стран. И наука права в целом, и университетское преподавание основывались на национальных зако-

нодательных системах. Развитие сравнительного права было логическим следствием при-
дания праву национального характера и соответственно изменения концепции права. С
другой стороны, развитию сравнительного права способствовало последовательное рас-
ширение самых различных международных связей.

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

Первые шаги сравнительного правоведения отмечены дискуссиями, направленными на
определение и уточнение его сущности и предмета, места среди других отраслей правовой нау-
ки, его методов, возможной сферы применения сравнительного изучения права, целей такого
изучения. Дискутировалось, следует ли рассматривать сравнительное право как самостоятель-
ную отрасль науки права или как метод - сравнительный метод, используемый этой наукой;
сравнительное право стремились разграничить со сравнительной историей права, общей теорией
права, социологией права; уточняли, в какой отрасли права сравнение особенно эффективно,
какие системы права полезно, целесообразно или просто возможно сравнивать между собой;
подчеркивались и опасности, подстерегающие юристов на пути изучения сравнительного права.
Эти дискуссии составляют основу первых трудов по сравнительному праву, появившихся в раз-
личных странах, и именно эти проблемы стояли на повестке дня первого Международного кон-
гресса по сравнительному праву, состоявшегося в Париже в 1900 году. Запоздалое эхо этих про-
блем звучит еще и сегодня в некоторых трудах, опубликованных недавно.

В тот начальный период, когда сравнительное право было еще "новичком", поста-
новка всех этих вопросов в науке была неизбежна, равно как неизбежна была и дискуссия
о месте сравнительного права в университетском преподавании. Сегодня, когда сравни-
тельное право прочно стоит на ногах, проблемы эти утратили актуальность. Но остается
необходимость снова подчеркнуть значение, которое, вопреки мнению скептиков, сравни-
тельное право представляет для юристов.

В сжатом виде можно выделить три основные позиции, раскрывающие значение
сравнительного права. Оно полезно для изучения истории права и его философского ос-
мысления, для национального права, для взаимопонимания народов и создания лучших
правовых форм отношений, складывающихся в международном общении.

4. История, философия и общая теория права. Сравнительное право использует-
ся в исследованиях в области истории, философии или общей теории права.

Именно в этом аспекте сравнительное право в XIX веке приобретает свою значи-
мость. Вслед за Монтескье, которого иногда не без некоторого преувеличения называют
прауродителем сравнительного права, становится модным создавать широкие историко-
философские картины развития права, основанные на господствовавших тогда представ-
лениях о социальном прогрессе и эволюции. Для этой цели использовалось право самых
различных народов. Начиная с обычаев примитивных племен (чтобы показать происхожде-
ние права), юрист с восторгом созерцал затем право наиболее развитых стран в совре-
менной цивилизации. Мэн в Англии, Колер в Германии - наиболее видные представители
этого направления. Такова же была ориентация созданной в 1831 году в Коллеж де Франс
первой кафедры сравнительного права.

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

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

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

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

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

То же самое можно сказать и об источниках права и его методах. Общая теория в изложении французских цивилистов отдает приоритет кодификации и закону, представляет их как прогрессивный способ, которым следует выражать нормы права в демократическом государстве, а в судебной практике и доктрине видит лишь средства, служащие для применения закона или его комментирования. Сравнительное право раскрывает предвзятость и гиперболичность такого анализа; оно показывает, что другие страны, которые мы считаем демократическими, придерживаются совсем иных формул, отказываются от кодификации и выступают против опасного, по их мнению, преувеличения роли закона.

Сравнительное право позволяет узнать, что в некоторых других странах наши правовые институты, достоинство которых мы подчеркиваем, оцениваются как ложно демократические и фарисейские формулы. Поиск истины выигрывает от размышлений над данными, поставляемыми нам сравнительным правом.

5. Лучшее знание и совершенствование национального права.

Сравнительное право дает возможность лучше узнать национальное право и совершенствовать его.

Законодатель всех времен использовал сравнительное право. Не случайно в прошлом веке говорили о сравнительном законодательстве. Заботой тех, кто создал в 1869 году во Франции Общество сравнительного законодательства, было изучение новых кодексов, принятых в разных странах, с тем, чтобы составить о них представление и сравнить с французскими кодексами, подсказать законодателю необходимость тех или иных изменений. Поскольку в странах Европы были сходные экономические и общественно-политические условия, то они порождали исходные требования и установки к законодателю. Торговое, уголовное, трудовое право и право социального обеспечения, семейное, процессуальное и административное право имеют сходство в многочисленных законодательных тенденциях, совпадение не только в крупных вопросах, но и в юридических частностях. В течение двадцати, десяти лет и даже в более сжатые сроки реформа, проведенная в какой-либо стране и доказавшая свою целесообразность, повторялась в других странах с некоторыми модификациями, отражающими специфические условия этих стран или направленными на ликвидацию пробелов и недостатков первого законодательного решения. Английские положения о чеках, бельгийский закон об отсрочке исполнения наказания, немецкая компания с ограниченной ответственностью - вот лишь немногие широко известные примеры институтов, заимствованных Францией из законов других стран. Обращение законодателя к помощи сравнительного права может только расширяться в наше время, когда от права не только ждут обеспечения стабильности правопорядка, а хотят посредством новых законов более или менее радикально преобразовать общество.

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

Надо сказать, что до сих пор применение сравнительного права французской судебной практикой и доктриной довольно ограничено. Однако не вызывает сомнений, что французские юристы могут, как и другие, обогащаться идеями юристов других стран и находить в их опыте много полезного.

6. *Международное взаимопонимание: международное публичное право.* Сравнительное право полезно для взаимопонимания между народами и создания наилучшего режима отношений в международной жизни.

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

Кафедры римского права были созданы в Англии королем Генрихом VIII в XVI веке, чтобы способствовать образованию дипломатов, которым предстояло представлять Англию в странах континентальной Европы, чье право основывалось на римских традициях. Французские дипломаты - составители завтрашних торговых договоров или международных конвенций - также должны быть готовы понимать точки зрения других, знать, как и какими аргументами они смогут убедить своих контрагентов. Они не будут на высоте в выполнении своих задач, если в переговорах с США, СССР или Китаем будут рассуждать только на французский манер, говорить и действовать так, как если бы стремились апеллировать к общественному мнению своей страны. В переговорах США надо знать конституционное право этой страны. Надо, в частности, отдавать себе отчет в наличии законодательных ограничений полномочий федеральных властей. В беседах с представителями Дальнего Востока следует учитывать образ мышления в понимании права и международных отношений совсем не так, как на Западе. Сравнительное право не менее необходимо если мы хотим более тесного сотрудничества между разными странами в рамках регионального сообщества, политических или экономических образований, которые создаются в Европе и на других континентах.

Одним из источников международного публичного права, предусмотренных Статутом Международного Суда, являются "общие принципы права, признанные цивилизованными нациями"; толкование этой формулы можно осуществлять только на основе сравнительного права.

7. *Международное частное право.* Сравнительное право, необходимое для развития и применения международного публичного права, должно сыграть не меньшую роль в сфере международного частного права. В настоящее время международное частное право находится в сложном положении. Оно состоит в основном из коллизионных норм, призванных определять, компетентно ли данное национальное право рассматривать то или иное правоотношение с иностранным элементом и какое именно национальное право сле-

дует к нему применять. Такой метод мог бы быть приемлемым, если бы в различных странах пришли к единообразным решениям. Но на деле коллизии законов и юрисдикции в каждой стране решаются без учета того, что в этом плане делается в другой стране, в результате чего для отношений с иностранным элементом в разных странах установлены различные режимы. Эта ситуация чревата двумя опасными последствиями; непредсказуемостью решений и расхождением в решении одной и той же проблемы.

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

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

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

Потребности в особой компаративистской подготовке не было до тех пор, пока во Франции интересовались только европейскими правовыми системами, более или менее близкими праву французскому по их традициям, структуре, методам, сфере действия. И сегодня можно оставаться на тех же позициях, если интересоваться только правовыми системами, принадлежащими к той же "семье", что и право Франции. В этом случае не надо обращаться к компаративистам.

Однако сегодняшний мир уже не тот, что был раньше. Юристы, получившие современное образование, используют другие понятия, их мировоззрение и понимание права отличаются от принятых ранее. Тут нужны компаративисты, чтобы обучить юристов понимать своих собеседников и быть понятыми ими, предупредить юристов о тех трудностях, с которыми они могут встретиться. Именно этим объясняется, прежде всего, современное развитие курсов и институтов, где преподается сравнительное право.

10. *Сравнительное право и социология.* Сравнительное право многими рассматривалось как один из аспектов социологии права. Относясь сдержанно к такой позиции, все же надо признать, что между сравнительным правом и социологией права существует много точек соприкосновения, у них есть ряд общих областей.

Сравнительное право должно, прежде всего, как и социология, искать ту степень, в какой право определяет поведение людей, и то место, которое они отводят ему как социальному фактору. Живя в обществе, где право ценится очень высоко и считается способным регулировать самые разные аспекты общественных отношений, мы склонны думать, что так обстоит дело во всех странах или, по меньшей мере, во всех обществах, достигших такого же уровня развития, что и мы. Действующее право, с нашей точки зрения, это единственная реальность, в которой важно избежать прежнего дуализма, веками существовавшего между правом, преподававшимся в университетах, и нормами, на основании которых действовали суды.

Тому, кто обращается к иностранному праву, следует помнить, что право, каким оно предстает в официальных источниках, не единственный фактор, формирующий общественные отношения. Правовые нормы и процедуры, которые мы считаем существенными, в иной среде могут иметь лишь вспомогательное, почти ничтожное значение, так как общественные отношения основаны на иных принципах. Так, в японском праве нормы гири, на Мадагаскаре - законы фомба, в некоторых других странах - предписания религиозных властей и тому подобные факторы могут превратить право просто в ширму, фасад, от которого общественная жизнь достаточно отлична. Опасность такого несовпадения есть во многих странах, где право высоко чтится, но есть тенденция рассматривать его как практически недостижимый идеал: так обстоит дело во многих странах, где господствует ислам. Такое же несовпадение может иметь место и там, где, напротив, право презирается, например, в странах Дальнего Востока, где граждане улаживают свои споры в порядке примирительной процедуры и где обращение в суд и ссылки на право считаются постыдными. Очевидно, что даже в западных странах право опосредует далеко не всю реальную общественную жизнь: не все уголовные правонарушения становятся объектом расследования, не все штрафы взыскиваются, не все судебные решения исполняются. Существует практика административная, торговая, профессиональная; факторы коммерческого, религиозного и социального плана оказывают влияние на действия индивидов. Тот, кто опирается только на теорию права, получит ложное представление о методе регулирования общественных отношений и о том, что же представляет собой право в действительности.

11. *Источники права.* Обратим теперь внимание на формальные источники права. В системах права закону, обычаю, судебной практике, доктрине, справедливости придается разное значение. При изучении иностранного права надо исходить из того, что наши представления об иерархии различных источников права неприменимы к другим странам; что методы и рассуждения, используемые юристами для установления норм права и развития права в целом, весьма разнообразны. Одна система может носить религиозный характер, и никакой законодатель не может изменять нормы такого права. В других странах законы - лишь модель, которую считают естественным нарушать, если того требует обычай. Где-либо еще судебному решению придается значение, выходящее за рамки данного процесса. Использование общих принципов и формул также может в некоторых правовых

системах служить для того, чтобы подправить применение формально неизменных норм действующего права. Все это надо знать в отношении правовых систем, которые предполагается изучать на сравнительной основе. Дело усложняется тем, что выводы теоретиков об источниках права или способах толкования закона не всегда дают точное представление о реальном положении. Так, доктрина во Франции утверждает, что судебная практика не является источником права; тем не менее, в действительности при определенных обстоятельствах решения Кассационного суда или Государственного совета часто играют роль не меньшую, чем закон. Еще и сегодня в Англии закон охотно изображают как исключительный феномен в системе, которая является классической системой судейского права. Однако законы в Англии столь же многочисленны, и они играют там роль ничуть не меньшую, чем во Франции. Их перестали толковать буквально и ограничительно, как это предписывалось старинными канонами. Остается верным лишь то, что английские юристы по-прежнему плохо чувствуют себя в присутствии норм, сформулированных законодателем, и стремятся как можно скорее растворить их в судебных решениях, вынесенных в ходе применения этих норм. Доктрина ислама не допускает, чтобы законодатель мог изменять нормы права, составляющие священное мусульманское право; это запрещение не препятствует тому, чтобы различными путями - полицейскими или процессуальными - властитель в мусульманских странах фактически парализовал действие той или иной нормы или подчинил ее применение различным условиям, не затронув ортодоксальных принципов.

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

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

оставшиеся вне вопросника, рядом с которыми изучаемые им по вопроснику нормы составляют лишь часть сложной реальности.

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

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

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

Для того чтобы сравнительное право сыграло свою роль, надо, чтобы юристы не ограничивались только изучением национального права и при каждой возможности прибегали к сравнительному методу. Каждый в своей области извлечет из этого пользу. Много, однако, надо сделать, чтобы все было именно так. Полезность сравнительного права признана совсем недавно; труды компаративистов, направленные на то, чтобы расширить круг интересов юристов и придать им универсальное звучание, еще несовершенны. Многие из наших современных юристов, признавая пользу сравнительного права, не прибегают к сравнительному методу, так как не получили ранее достаточных для этого знаний. Новое поколение получает их. Более чуткое к реальностям современного мира и более ясно сознающее необходимость сосуществования между народами, новое поколение не согласится, чтобы наука права, как грустно говорил Иеринг, опустилась до уровня "местной судебной практики". Может быть, неизбежно, чтобы практикующие юристы в своей повседневной деятельности ограничивали свой горизонт рамками национального права. Но наука права универсальна. Сравнительное право — один из элементов такого универсализма, особенно важного в наше время, оно играет и призвано играть первостепенную роль для изучения и прогресса права.

Отдел //1. Разнообразие современных правовых систем.

14. *Множественность правовых систем.* В современном мире каждое государство имеет свое право, а бывает и так, что в одном и том же государстве действуют несколько конкурирующих правовых систем. Своё право имеют и негосударственные общности: каноническое право, мусульманское право, индусское право, иудейское право. Существует также международное право, призванное регулировать во всемирном или региональном масштабе межгосударственные и внешнеторговые отношения.

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

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

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

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

И, тем не менее, различия не зависят только от входящих в состав права норм. Было бы поверхностным и неправильным видеть в праве только лишь совокупность норм. Конечно, в определенную эпоху, в определенной стране право может принять именно такой вид. Однако право - это значительно более сложное явление, выступающее как система. У нее определенный понятийный фонд; она соединяет нормы в определенные группы; использует определенные способы создания и толкования норм: она связана с определенной концепцией социального строя, и от этой концепции зависит, как применяется и вообще функционирует право.

В 1848 году немецкий юрист писал: "три слова законодателя - и целые библиотеки становятся макулатурой". Но это - не более чем каламбур. Разумеется, нормы права изменяются, и юрист-практик не может относиться с доверием к книгам с устаревшими данными. Однако преподавание права возможно именно потому, что оно есть нечто иное, чем изменяющиеся нормы. Смысл подготовки юриста не в том, чтобы он выучил наизусть и в деталях действующие сегодня нормы. Вряд ли это понадобится ему через десять лет в

профессиональной деятельности, для которой большая часть этих норм будет не нужна. Но ему важно понимать структурную взаимосвязь норм, термины, которыми они оперируют, способы, которыми пользуются для фиксации норм и их согласования друг с другом. Нормы права могут меняться от росчерка пера законодателя. Но в них и немало таких элементов, которые не могут быть произвольно изменены, поскольку они теснейшим образом связаны с нашей цивилизацией и нашим образом мыслей. Законодатель не может воздействовать на эти элементы, точно так же как на наш язык или нашу манеру размышлять.

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

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

Точно так же возможна и группировка правовых систем современности в несколько видов, но отсутствует единое мнение о том, каким путем должна быть проведена эта группировка и какие "семьи права" мы признаем в итоге. Одни стремятся провести классификацию, исходя из концептуальных структур правовых систем или иерархии различных источников права. Другие считают, что классификация не может основываться на второстепенных технических свойствах, и выдвигают на первый план тип общества, которое стремятся создать с помощью права, или место права в рамках данного социального строя.

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

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

Похоже, правда, что социалистическая правовая семья сходит со сцены, хотя сегодня, на рубеже 90-х годов, трудно предсказать дальнейший ход событий. Тем не менее, семьдесят лет социализма несомненно скажутся на том новом праве, к которому придут бывшие социалистические страны.

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

17. *Романо-германская правовая семья.* Эта семья включает страны, в которых юридическая наука сложилась на основе римского права. Здесь на первый план выдвинуты нормы права, которые рассматриваются как нормы поведения, отвечающие требованиям справедливости и морали. Определить, какими же должны быть эти нормы, - вот основная задача юридической науки; поглощенная этой задачей, доктрина в меньшей мере интересуется вопросами управления, отправлением правосудия и применением права; этим занимаются юристы-практики.

В романо-германской семье, начиная с XIX века, господствующая роль отведена закону, и в странах, принадлежащих к этой семье, действуют кодексы. В силу исторических причин право выступает здесь, прежде всего, как средство регулирования отношений между гражданами; другие отрасли права были разработаны гораздо позднее и менее совершенны по сравнению с гражданским правом, которое и остается основой юридической науки.

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

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

Между правовыми системами, относящимися к романо-германской семье, имеется немало различий; каждое государство имеет свое, свойственное ему национальное право. Наиболее фундаментальное из этих различий отделяет право европейских стран от права неевропейских стран, принадлежащих к этой системе. Причина различия в том, что европейские страны в наше время полностью обновили идеологию, господствовавшую после Французской революции. Здесь на первом плане оказались ныне заботы о социальном равенстве и экономическом развитии, которыми в ту пору можно было пренебречь. Подобного изменения не произошло (или оно было не слишком значительным) в странах Латинской Америки, где господствующий класс не сумел преодолеть социальные несправедли-

ности. Эти страны стали жертвой опасных экономических трудностей. То же самое можно сказать о странах Африки. На Западе не поняли, что институты, которые управляют жизнью общества в Европе, полностью непригодны в странах, состоящих из разрозненных племен, для которых демократия европейского типа равнозначна лишенной смысла фразеологии.

Вне Европы относящиеся к романо-германской семье правовые системы обрели специфические черты, которые требуют разбивки по разным подгруппам. Во многих странах сумели "освоить" европейское право. Но во всех этих странах существовала еще до рецепции собственная цивилизация, имевшая свои правила оценки поведения и свои институты. Рецепция поэтому во многих случаях была лишь частичной: определенная часть правоотношений (и особенно личный статус) регламентировалась традиционными нормами.

18. *Семья общего права (common law)*. Другая правовая семья - общего права - включает право Англии и стран, последовавших образцу английского права. Характерные черты этого права совсем иные, нежели право всех систем романо-германской семьи. Общее право было создано судьями, разрешавшими споры между отдельными лицами; эту печать своего происхождения данная правовая система несет на себе до сего времени. Норма общего права менее абстрактна, чем норма права романо-германской правовой семьи, и направлена на то, чтобы разрешить конкретную проблему, а не сформулировать общее правило поведения на будущее. Нормы, касающиеся отправления правосудия, судебного процесса, доказательств и даже исполнения судебных решений, в глазах юристов этих стран имеют не меньшее, а даже большее значение, чем нормы, относящиеся к материальному праву; их основная забота - немедленное восстановление статус-кво, а не установление основ социального порядка. Наконец, общее право в силу своего происхождения связано с королевской властью. Оно получало толчок для своего развития тогда, когда порядок в стране находился под угрозой или когда какие-либо иные важные обстоятельства требовали или оправдывали вмешательство королевской власти; в этих случаях оно как бы приобретало черты публичного права, так как споры частного характера интересовали суды общего права лишь в той степени, в какой они затрагивали интересы Короны или королевства. При формировании и развитии общего права учения романистов, основанные на гражданском праве, играли весьма ограниченную роль; классификации общего права, его концепции и сам словарь юристов этой формации совершенно иные, чем в правовых системах романо-германской семьи.

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

отличающаяся во многих аспектах от английской. Поэтому право этих стран получило широкую автономию в рамках правовой семьи общего права.

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

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

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

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

После второй мировой войны эта семья охватила страны Центральной Европы и балканские страны, попавшие под господство Советского Союза. В ее сфере оказались Северная Корея и Вьетнам в Азии, Куба - в Америке. Правда, ныне эта семья находится в

глубоком кризисе. Лучезарное будущее, которое руководители государств обещали своим народам, обернулось всеобщим разочарованием. Государства, которые по своей воле или вопреки ей оказались на пути, пролагаемом СССР, в конце 1989 года отказались следовать по нему, считать себя социалистическими республиками или народными демократиями. Даже в еще существовавшем СССР были поставлены под сомнение принципы, на которых были после революции основаны общественные и политические структуры страны. Диктатуре пролетариата и руководящей роли КПСС было предъявлено обвинение в издевательствах над правами человека и трагическом развале экономики ради пользы партийных функционеров (аппаратчиков), нередко коррумпированных.

Трудно предсказать, как пойдут трансформация правовых систем европейских стран, принадлежавших к социалистической семье, и реинтеграция этих стран в романо-германскую семью, из которой они вышли.

21. *Иные правовые системы.* Три рассмотренные правовые семьи (в каждой из них немало подвидов) являются, несомненно, основными в современном мире. Нет ни одной правовой системы, которая не позаимствовала бы те или иные элементы у одной из этих семей, и может даже показаться, что все другие системы - это не более чем пережитки, призванные исчезнуть в более или менее далеком будущем по мере прогресса цивилизации.

Однако подобное мнение, порожденное наивным комплексом превосходства, - это не более чем простая гипотеза, не соответствующая реалиям, которые мы видим в современном мире. Конечно, все государства в какой-то мере заимствуют западные идеи, поскольку это представляется им необходимым для сохранения независимости и прогресса в развитии. Однако наши современники не склонны отказываться от представлений, которые еще недавно были общепризнанными в их странах. Все признают техническое превосходство Запада, но ситуация меняется, когда речь идет о превосходстве западной цивилизации в целом. Мусульманский мир, Индия, Дальний Восток, Африка далеки от того, чтобы безоговорочно присоединиться к ней. Они в значительной мере остаются верными взглядам, в которых право понимается совсем иначе и не призвано выполнять ту же роль, что и в западных странах. И мимо этого факта не может пройти правовая картина современного мира, если она хочет быть реалистичной.

Принципы, которыми руководствуются незападные страны, бывают двух видов. Одни признают большую ценность права, но само право понимают иначе, чем на Западе. Другие отбрасывают саму идею права и считают, что общественные отношения должны регламентироваться иным путем. Первые - это страны мусульманского, индийского и иудейского права; вторые - это страны Дальнего Востока, Африки и Мадагаскара.

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

Известно, какие трудности всегда вызывало и продолжает вызывать определение права. Ни одно из данных определений не стало общепризнанным. Одна из основных причин этого - острое разногласие между сторонниками и противниками естественного права. Для одних право - это не что иное, как совокупность действующих норм, применяемых судами. Именно так понимают ныне право в университетах разных стран, где преподается национальное право: французское, английское, болгарское или алжирское. Но такое правопонимание не является единственным. Другие видят в праве идеальную модель поведе-

ния и отказываются отождествлять его с нормами, которыми руководствуются частные лица, управленческие органы и суды в своем поведении и в своих решениях. До XIX века и европейские университеты почти полностью пренебрегали обычаями и национальным правом и учили идеальному праву (вывода его из римского права), считая лишь его достойным носить название "право". Равным образом в мусульманских странах внимание сконцентрировано на идеальной системе - мусульманском праве, связанном с религией ислама. Местные обычаи рассматриваются при этом как чисто фактические явления, а законы и ордонансы властей — как управленческие меры временного или местного значения, которые далеко не в полной мере достойны называться правом. Примерно то же самое можно сказать об иудейском праве. И в Индии, правда в другом контексте, тщательно различают дхарму - учение о справедливом - и арту - то, что обеспечивает богатство и власть.

Право, связанное с религией или с определенным мировоззрением, может не применяться судами, а индивидуумы не обязательно следуют ему в своей деятельности. И, тем не менее, такое право оказывает существенное влияние как на людей, так и на правоприменительные органы. Исследователь западного общества может сконцентрировать свое внимание на законодательных нормах и судебной практике, то есть рассматривать это общество с точки зрения позитивного права. Но он может также избрать социологический подход и назвать правом все те нормы, которым следуют в практической жизни. Различие этих аспектов не приведет к большим несоответствиям, ибо речь идет об обществах, где достигнута большая степень соответствия между представлением о справедливости, позитивным правом и нравами. Совсем иная ситуация в других обществах, где нормы права западного образца фрагментарны, нестабильны, плохо скоординированы, а общие верования видят право не в законах, обычаях или судебной практике, а в чем-то ином.

По этим причинам, не вступая в полемику между позитивистами и сторонниками естественного права, мы выделяем мусульманское и индусское право среди основных систем современного права. Иудейское право, при всем интересе, которое оно представляет, оставлено нами в стороне, ибо сфера его влияния куда более ограничена. Следует указать и еще на одно обстоятельство. Интернациональная солидарность евреев, в той мере в какой она существует, никогда не выражалась в стремлении поставить иудейское религиозное право выше, чем действующее право страны, в которой они обладают влиянием. В этом плане иудейское право не играет такой роли, как, например, мусульманское право.

23. *Дальний Восток.* Совершенно иная картина открывается нам при взгляде на Дальний Восток, и особенно Китай. Здесь речь не идет о том, чтобы уметь увидеть некое идеальное право, отличающееся от норм, изданных законодателем, или других норм, применяемых на практике. Здесь под сомнение поставлена сама ценность права.

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

Странам Дальнего Востока не свойственно такое видение. В глазах китайцев право не просто далеко оттого, чтобы быть фактором порядка и символом справедливости; оно - орудие произвола, фактор, нарушающий нормальный порядок вещей. Добропорядочный гражданин не обязан уважать право и даже думать о нем; его образ жизни должен исключать любые правовые притязания и всякое обращение к правосудию. В своем поведении человек должен руководствоваться не юридическими мотивами, а стремлением к гармонии и миру. Согласительные процедуры ценнее правосудия, и конфликты следует гасить путем посредничества, а не решать правовым путем. Конечно, могут существовать законы как средство устрашения или как какая-то модель. Но они создаются не для того, чтобы применяться, и к тем, кто хочет строить свою жизнь, руководствуясь ими и игнорируя приличия и правила хорошего поведения, не испытывают ничего, кроме презрения. Так же относятся и к тем, кто изучает или применяет право.

Весь Дальний Восток традиционно придерживается именно такого взгляда, выразив его в формуле "право хорошо для варваров". Коммунистический режим в Китае и вестернизация Японии не изменили существенно этого взгляда, укоренившегося в сознании людей. Коммунистический режим в Китае сперва отказался от кодексов по западной модели, подготовленных после падения императорского строя, а позднее после недолгих колебаний - от советского пути и избрал свой собственный, на котором праву отведено скромное место; был принят ряд новых законов, но мало что изменилось в стиле их применения. В Японии действуют кодексы, созданные по европейской модели, но население, как правило, мало обращается к ним, равно как и к правосудию. Сами же суды склоняют стороны к мировому соглашению и разработали оригинальную технику применения права, а точнее, уклонения от его применения.

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

(Извлечения из работы Конрада Цвайгерта и Хайна Кётца
«Введение в правовое сравнение в области частного права»)

Источник: Цвайгерт К., Кётц Х, Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права, В 2-х т. Т. I. Основы / пер. с нем, М.: Международные отношения, 1995.

А. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

§1. Понятие сравнительного права

Прежде чем попытаться раскрыть суть, функции и цели сравнительного права, следует, прежде всего, уяснить значение самого словосочетания "сравнительное право". Предполагается, что под этим термином имеется в виду применение сравнительного метода при изучении права как объекта интеллектуальной деятельности.

В сравнительном плане могут быть рассмотрены различные аспекты или части одной правовой системы, например, различные параграфы Германского гражданского уложения (ГГУ). Если содержание сравнительного права ограничивалось бы лишь этим, то было бы трудно отличить сравнительное право от обычной деятельности юристов, которые постоянно сопоставляют и приводят в соответствие нормы своих национальных правовых систем, то есть сравнительный анализ этих норм служит основой для принятия практических решений или теоретических выводов. Но поскольку подобные сравнения являются характерной чертой каждой национальной правовой системы, термин "сравнительное право" должен означать нечто большее, чем это может показаться с первого взгляда. Действительно, помимо национального, существует и международный аспект данной проблемы. Так что словосочетание "сравнительное право" есть не что иное как сравнение различных правовых систем, существующих в государствах мирового сообщества.

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

Настроение, царившее на конгрессе, соответствовало духу того времени, которое благодаря растущему благосостоянию порождало у всех, включая и ученых, веру в непрерывность прогресса. Человечество, уверенное в своих силах и убежденное в успехе, стремилось выйти за национальные границы и мирным путем покорить окружающий его мир. Вполне естественно, что юристы были также под влиянием этого духа времени. Их больше не устраивали простое толкование и разработка норм национального права. И не случайно все публикации конгресса были проникнуты обезоруживающей верой в победную поступь человеческого прогресса, а Ламбер и Салейль задумали разработать ни больше, ни меньше как "вселенское право", единое для всего человечества.

Разумеется, они считали, что это дело не сегодняшнего дня и даже не ближайшего будущего. Но начать эту работу было необходимо. И ее основным инструментом должно было стать сравнительное право. По мнению Ламбера, оно должно помочь постепенно устранить непринципиальные различия в законодательствах народов, стоящих на одинаковых ступенях культурного и экономического развития, и свести к минимуму те из них, в основе которых лежат не политические или социальные и моральные условия жизненного уклада разных стран, а обусловленные данной, конкретной эпохой преходящие обстоятельства.

С тех пор сравнительное право продолжает постоянно развиваться, несмотря на существенные изменения во взглядах человечества на суть исторического процесса. Вера в непрерывную поступательность прогресса, столь характерная для начала нынешнего века, умерла. В лучшем случае мы верим, что поступательное движение истории осуществляется волнами, причем гребень последней из них чуть выше предыдущей. Мировые войны значительно ослабили, если не похоронили, веру в возможность создать "вселенское право". Но, несмотря на объявший мир скепсис, сравнительное право продолжало развиваться и обогащаться новыми идеями. Юристы, занимавшиеся исследованиями в этой области, стали лучше ориентироваться в своем предмете, улучшили методы исследования и перестали витать в облаках. Их убежденность в полезности и необходимости сравнительного права оставалась непоколебимой. Ученые не столь подвержены вирусу пессимизма по сравнению с представителями других профессий, ибо их задача заключается не в решении сиюминутных, повседневных проблем, а прежде всего в поисках научной истины. Но даже с утилитарной точки зрения в наши дни практическая польза сравнительного права остается столь же неоспоримой, как и прежде, особенно если учесть, что с 1900 года технический прогресс сделал мир еще теснее и все свидетельствует о том, что идет процесс размывания национального изоляционизма. Более того, благодаря усилению интенсивности международных обменов в сравнительном праве происходит постепенное сближение различных воззрений, сопровождающееся отказом от убеждения в непогрешимости собственных взглядов и более гибким подходом к устоявшимся догмам. Как следствие этого, появляется возможность изучить формы и процесс формирования правовых институтов, которые развиваются параллельно и, судя по всему, по своим внутренним законам. Эти законы еще предстоит определить, затем выявить путем детального сопоставления различий степень их схожести и тем самым укрепить веру в существование единого для всех чувства справедливости.

Но, несмотря на все это, сравнительное право до сих пор занимает довольно скромное место в университетских программах юридического образования. Хотя далеко идущие в этом отношении идеи Ламбера (судя по его докладу 1900 г.) были гораздо реалистичнее его мечты о "вселенском праве" для человечества, они до сих пор нигде в мире не реализованы. Он полагал, что, поскольку сравнительное частное право является квинтэссенцией всего сравнительного права, оно должно занимать видное место в университетских учебных программах. Это вполне отвечает возросшим общественным потребностям, так как если бы были установлены ясные и содержательные принципы права, то это стимулировало бы международную торговлю и способствовало бы в целом повышению жизненного уровня. Ну а если бы у юристов в связи с этим появился стимул заглядывать дальше собственных границ, то международные обмены расширились бы еще более.

Предпосылкой для использования такой возможности для юриста-практика должно было бы стать изучение еще в университете сравнительного законодательства и права. Другой побудительной причиной для включения сравнительного права в учебные программы является то, что изучение сравнительного права позволяет по-новому, нетрадиционно подходить к изучению действующих норм национального права, которое страдает от ограниченности, навязываемой необходимостью их толкования в угоду национальной доктрине.

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

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

По этой причине Ламбер призывал предоставить в учебных программах сравнительному праву место, равное изучению национального права, — четыре лекции в неделю по сравнительному праву в течение трех семестров. Эти слова, сказанные в 1900 году, актуальны и поныне. Но, хотя за прошедшие 90 с лишним лет во многих странах произошли существенные улучшения в этой области, радикальные изменения учебных программ, на необходимость которых указывал Ламбер, еще ждут своего часа.

Компаративисты в своих исследованиях проводят сравнение правовых систем разных стран. Это сравнение может носить как самый широкий, так и более узкий характер. Так, сравнения отдельных свойств различных правовых систем, понятий и процедур, которые в них применяются, иногда проистекают из более общих сравнений, из сравнений на макроуровне. В этом случае акцент делается не на конкретных проблемах и их решении, а на исследовании методов обращения с правовым материалом, процедурах решения споров или на роли отдельных элементов права. Например, можно сравнивать различную законодательную технику, стиль кодификации и методы толкования законодательных актов, а также обсуждать правовую роль прецедентов, значение науки для развития права, методику подготовки судебных решений. Внимание может быть сконцентрировано и на вопросах судопроизводства в различных странах, а именно: каким образом распределяется между адвокатами и судьями бремя доказательства фактов, поиска законодательной нормы, применяемой к данному случаю; какая роль отводится в гражданских или уголовных делах непрофессиональным судьям; существует ли особая процедура при рассмотрении мелких исков. Однако нельзя ограничивать исследование вопросами судопроизводства. Изучение различных задач и функций лиц, вовлеченных в сферу действия права, выявление того, что, как и почему они делают, — весьма перспективное поле деятельности для юристов-компаративистов.

Прежде всего, перед ними стоит цель рассмотреть деятельность судей и юристов, всех тех, кто непосредственно применяет закон или советует, как его применять в любой

системе. Полезно сравнивать также деятельность юристов в правительствах и парламентах, тех, кто занимается разработкой будущего законодательства; нотариусов, судебных экспертов, представителей страховых компаний, специализирующихся на исках; наконец, правоведов, преподающих юридические дисциплины в высшей школе.

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

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

Чтобы понять, что же в действительности представляет собой сравнительное право, необходимо также отграничить его от сопредельных сфер правовой науки.

Поскольку сравнительное право неизбежно имеет дело с иностранным правом, прежде всего его следует отграничить от тех сфер правоведения, в которых в той или иной мере исследуются иностранные правовые системы. Как уже отмечалось, простое изучение иностранного права не попадает в сферу действия сравнительного права. Например, в 1937 году Лига наций осуществила исследование о положении женщин в мире, состоящее лишь из национальных докладов различных стран на эту тему. В них не было действительного сравнения представленных решений, так что в лучшем случае представленное исследование можно было бы назвать описательным сравнительным правом. О сравнительном праве в точном смысле этого слова можно было бы говорить, лишь если выводы исследования по данной проблеме строятся на основе сравнения представленных в нем конкретных материалов различных стран. Опыт показывает, что сравнительный метод действует наиболее эффективно, когда автор, во-первых, излагает наиболее существенные материалы, касающиеся национального права по каждой стране, во-вторых, использует их как основу для углубленного критического анализа и, в-третьих, предлагает собственные выводы, имеющие значение для толкования своего национального права.

Смежными сферами правовой науки, которые также имеют дело с иностранным правом и от которых сравнительное право должно быть отграничено, являются международное частное право, международное публичное право, история права, этнология права и, наконец, социология права.

§2. Функции и цели сравнительного права

В наши дни многофункциональность сравнительного права как научного метода юриспруденции не оспаривается. Действительно, совершенно очевидно, что наука никакой страны не может развиваться лишь на основе информации, полученной в рамках собственной правовой системы.

Конечно, иные ученые-юристы, специализирующиеся на вопросах внутреннего права, продолжают в значительной степени и до сих пор удовлетворяться "внутринациональными дискуссиями". Сравнительное же правоведение выводит правовую науку из архаичного состояния, препятствующего ее развитию, на международный уровень.

Международный обмен результатами научных исследований в области естественных наук и медицины - факт столь очевидный, что не требует дальнейших объяснений. Не существует более немецкой физики, бельгийской химии или американской медицины. Благодаря интернационализации этих наук их национальная принадлежность выражается главным образом лишь в констатации того, насколько значительны достижения различных стран в каждой из них.

Как ни странно, по-иному обстоит дело с правовой наукой. Транснациональное единство права и правовой науки на Европейском континенте сохранялось до тех пор, пока римское право служило основным источником права всех образовавшихся там государств. Этому правовому единству соответствовало аналогичное правовое единство "общего права" англоязычного мира, в котором английское и североамериканское право не подверглось столь сильному влиянию римского права, как право стран континентальной Европы. Единство правовой науки в англо-американском мире сохраняется в значительной степени до сих пор. На Европейском же континенте, наоборот, правовое единство в XVIII веке было нарушено. Это произошло в связи с начавшимся процессом кодификации действующего права, основу которого составляли по преимуществу источники римского права.

Другими словами, это произошло с появлением всеобъемлющих национальных сводов законов. Вслед за кодексами XVIII века - баварским кодексом Максимилиана и Прусским всеобщим земским уложением - в XIX веке появились Гражданский кодекс Франции (1804 г.) и Германское гражданское уложение (1896 г.), а в результате бурного развития процесса кодификации в XX веке было кодифицировано право Швейцарии, появились новые гражданские кодексы в Италии и Греции.

В результате, кодификация национального права привела к тому, что юристы стали удовлетворяться толкованием лишь национальных норм. Они перестали интересоваться развитием права в других странах. Одновременно с усилением идеи национальной государственности на почве нетребовательного правового самолюбования вырастает гордость за собственное национальное право.

По мнению немца, именно его право является философским камнем, француз думает то же самое о своем праве, и, таким образом, национальная гордость за собственное право стала характерной чертой юридического образа мышления.

Сравнительное правоведение в первую очередь было призвано положить конец подобной национальной ограниченности правового мышления.

Первостепенной функцией сравнительного правоведения, как и всех научных методов, является расширение сферы познания. Если под правовой наукой понимать не только

толкование национальных законов, правовых принципов и норм, но и исследование моделей для предотвращения и урегулирования социальных конфликтов, то становится очевидным, что сравнительное правоведение как метод обладает более широким спектром типовых решений, чем национально замкнутая правовая наука. И прежде всего потому, что решения, содержащиеся в правовых системах мира, уже в силу объективной необходимости более разнообразны и богаче по содержанию, чем те, которые может разработать за время своей короткой жизни ограниченный рамками своей национальной системы юрист, пусть даже обладающий богатым воображением. Сравнительное правоведение, подобно "школе правды", расширяет и обогащает "набор решений" и предоставляет критически настроенному исследователю возможности найти "более оптимальное решение" для данного времени и места.

О других функциях сравнительно-правового исследования и вызванном ими к жизни международном диалоге о проблемах правовой науки в данной работе требуется лишь беглое упоминание: это осознанное проникновение в различные социумы и культуры нашей планеты, чтобы стимулировать постепенное отмирание закоренелых национальных предрассудков и улучшать взаимопонимание между народами; исключительная полезность сравнительно-правовых исследований для правовых реформ в развивающихся странах, стимулирования посредством сравнительно-правовых исследований постоянной критики собственного правопорядка, что может внести больший вклад в развитие национального права, чем национально ограниченная "догматическая дискуссия".

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

Материалы, получаемые от систематических исследований или специальных экспертиз в области сравнительного права, служат в наши дни незаменимым инструментом для законодателя во многих странах, обеспечивая высокое качество его правотворческой деятельности.

В Германии законодатель уже со второй половины XIX века использовал результаты обширных сравнительно-правовых исследований при разработке единого торгового права - сначала в Пруссии, позднее в Германской империи.

После того как имперские власти были наделены соответствующей законодательной компетенцией, результаты сравнительно-правовых исследований использовались также для унификации гражданского права, гражданского процессуального права, конкурсного права (право банкротств), судостроительства, уголовного права. При этом учитывалось не только местное право бывших немецких государств, к которому причислялось и действовавшее в Рейнской области французское право, но и голландское, швейцарское и австрийское право. Сегодня можно утверждать, что после второй мировой войны не было ни одного более или менее значительного законодательного проекта, который бы в той или иной мере не сопровождался обширными сравнительно-правовыми исследованиями. Речь идет, прежде всего, о реформе немецкого уголовного права и семейного права. Это относится также и к множеству других законодательных актов: о торговом представительстве,

об акционерных компаниях, об ограничительной деловой практике, о представлении особого мнения в федеральном конституционном суде, о защите чести и достоинства граждан..., о возмещении ущерба жертвам преступлений, совершенных с применением насилия, об изменении пола, о юридических консультациях для бедных и др. Подготовка к форме обязательственного права потребовала также от федерального министерства юстиции обращения к сравнительному праву, а также экспертизы Института Макса Планка по иностранному и международному частному праву.

Если сравнительно-правовой анализ показывает, что данная проблема за границей решается определенным образом, нельзя возражать против использования этого решения в национальном праве только на том основании, что это регулирование "иностранное", а по сему неприемлемо. Ответом на эти возражения сторонников "пуха римского права" служит цитата приоритета собственной "национальности" Рудольфа фон Иеринга: "вопрос о рецепции иностранных правовых институтов является вопросом не "национальной принадлежности", а простой целесообразности, необходимости. Никто не будет нести из далеких краев то, что у него самого имеется аналогичного или лучшего качества. Только неразумный будет отказываться от коры хинного дерева лишь на том основании, что оно выращено на чужом поле".

Необходимо, однако, время от времени проверять не только то обстоятельство, оправдало ли себя на практике в своей стране иностранное решение, признанное оптимальным, но и его приемлемость для правовой системы данной страны. Может оказаться, что разработанные и применяемые в какой-либо стране решения не могут быть перенесены в собственную правовую систему, по крайней мере, в неизменном виде, так как в ней иная система судопроизводства, на власти возложено выполнение других задач, разные модели управления народным хозяйством или же по каким-либо особым соображениям социальная среда, в которой должно функционировать заимствованное за рубежом решение, отличается от иностранной.

Важная функция сравнительного правоповедения проявляется и в той значительной роли, которую оно играет в юридическом образовании. Как для правовой науки, так и для университетов и школ права акцент на самодостаточности национального права в учебном процессе свидетельствует о поразительном отставании от духа времени.

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

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

Однако сравнительное правоведение занимает довольно скромное место в учебном процессе, хотя в последние десятилетия положение, несомненно, улучшилось.

В ФРГ существуют самые различные учебные заведения, где преподается сравнительное правоведение. Курс "Введение в сравнительное правоведение", в котором рассказывается о задачах и методах этой дисциплины, ее месте среди других международно-правовых дисциплин и дается обзор правовых семей в мире, преподается почти во всех университетах. Лекционные курсы, в которых излагались бы основы определенных правовых систем, - скажем, французское право и родственные ему системы, общее право, право социалистических стран - все еще редки, а там, где они читаются, существует специализация: в одних университетах предпочтение отдается почти полностью английскому праву, в других - в первую очередь советскому, в третьих - французскому. Наиболее слабо представлен сравнительный анализ институтов права. Рассматриваются на выборку определенные области права, например наследственное право или ответственность производителей во всех или большинстве правовых систем. Но даже если преподавание сравнительного права и признать в целом удовлетворительным, то с точки зрения имеющих столь решающее значение экзаменов результаты обескураживающие. Специального экзамена по данному предмету не существует, хотя от случая к случаю соответствующие вопросы задаются для проверки общей юридической культуры экзаменуемого. Если студент выбрал определенную группу предметов для изучения, они и составляют предмет экзамена, даже если значение их в учебном процессе невелико. Но в большинстве земель ФРГ сравнительное правоведение и международное частное право очень неудачно объединены в одну группу с семейным и наследственным правом и даже с арбитражным правом. А в одной из земель ...сравнительное правоведение вообще отсутствует среди изучаемых предметов. Бернхардт и многие другие исследователи на протяжении ряда лет жалуются на "провинциализм немецкого юридического образования". Этот диагноз верен и поныне, и мало утешительно в том, что в других странах дела обстоят не лучше.

Вопрос о том, каким может стать и каким хотелось бы видеть преподавание сравнительного права в будущем, должен быть поставлен значительно шире.

Уже при беглом взгляде на нынешнее фактическое состояние преподавания права бросается в глаза постоянное увеличение изучаемого материала. Если раньше юридическая мысль в своем развитии опиралась на изучение по преимуществу частного права, то ныне для понимания современного права необходимо наряду с уголовным правом, объем которого в целом остался прежним, интенсивно изучать в значительно возросшей мере конституционное, административное, социальное право. Простая "прививка" сравнительного права (а также социологии права) этому непомерно возросшему материалу в будущем едва ли представляется возможной, так как способность к восприятию преподаваемых дисциплин у студента не безгранична. И потому сравнительное право постигнет неизбежно та же судьба, что и историю и социологию права, а именно судьба элитарного предмета для интеллектуалов, который среднему студенту было бы невозможно осилить. В том же направлении действует усиливающаяся тенденция максимально сократить учебный процесс, чтобы позволить молодым людям раньше приступить к практической деятельности по своей специальности.

Как следствие этого, не исключено, что сравнительное право (как история и социология права) приобретет значение только для узких специалистов, для научных сотрудников и аспирантов, а в остальном юридическое образование будет сведено к уровню специализированных юридических школ, выпускники которых обучаются лишь "юридической технике".

Такая опасность для будущего юридического образования в Германии очевидна. Для этого достаточно обратиться к итогам изучения права в Германии на протяжении трех последних поколений. Поколению 1900 года преподавали преимущественно частное право. С помощью лекций, учебников и семинаров студентов обучали ориентироваться в стандартных типах решений, которые были разработаны классическим римским правом, пандектным правом XIX века и в значительно меньшей степени старогерманским частным правом. Эти решения сравнивались с решениями Германского гражданского уложения. В сравнительном аспекте преподавалась история права. Такая выучка воспитывала хороших юристов, в чем можно убедиться, прочитав решения лучших из них - судей имперского Верховного суда. Поколение юристов после 1918 года начало изучать исторический аспект права, все более сокращающийся в объеме. Акцент делался на преподавании догматики и толковании позитивного немецкого права, а также судебной практике, что значительно улучшало качество обучения. Изучение лишь национального позитивного материала ограничивало представление о всей полноте и многообразии возможностей, которыми располагает юрист для решения почти любой правовой проблемы. В результате у юристов этого поколения не развивались чувство личной ответственности, критический подход к праву. В целом позитивистская школа породила высококлассных специалистов по юридической технике, неспособных к самостоятельному мышлению. Духовная нищета привела это поколение к сотрудничеству с националистами. Не обладая высокими духовными ценностями, они ничего не смогли противопоставить национал-социализму.

Современное сравнительное право, аккумулируя опыт действующих правопорядков стран мирового сообщества, позволяет не только использовать различные варианты решения конкретной юридической проблемы, но и рассматривать их в историческом аспекте, предоставляя тем самым возможность оценить объективно, путем сравнения, эффективность решения, принимаемого на национальном уровне.

А это еще раз доказывает необходимость включения сравнительного правоведения в число обязательных для изучения предметов. Его факультативное преподавание не оправдывает себя из-за перегруженности учебных программ материалом из других областей права. Это, в свою очередь, должно способствовать тому, что решение какой-либо конкретной юридической проблемы, наилучшим образом отвечающее общественным потребностям данной страны, будет осуществлено лишь после критической оценки результатов исследования того, как решается эта проблема в других странах с высокой правовой культурой. Только в этом случае данное решение приобретает необходимую эффективность в национальном законодательстве и будет воспитываться чувство ответственности, стимулирующее дух реформаторства и стремление к улучшению права.

Из сказанного следует, что для учебника по сравнительному праву недостаточно обеспечить студента лишь иностранным правовым материалом. Необходимо, чтобы учебник содержал подходы и критические аргументы, с помощью которых студент может наглядно и живо представить конкретную проблему и сформулировать ее решение, которое наилучшим образом отвечало бы заданной ситуации.

Это означает, наконец, что "национальные" учебники должны быть переписаны заново с учетом сравнительно-правового метода, чтобы преподаватели в долгосрочной перспективе в обязательном порядке овладели им и с его помощью самостоятельно добывали необходимую информацию.

Все вышесказанное еще в 1934 году кратко и точно сформулировал Роско Паунд: "изучение сравнительного права становится наиболее эффективным при условии, что преподаватели четко представляют себе возможности этого предмета и умеют их реализовать. Поэтому я предполагаю, что в будущем преподавание права будет основано на сравнительно-правовом методе. Преподаватель будет постоянно предлагать разные способы решения рассматриваемых им проблем национального права, аналогично тому, как путем дискуссии вырабатываются способы решений в странах англо-американской системы права. Я предполагаю, что преподаватель постоянно на конкретных примерах будет показывать студенту, что ни одна из национальных правовых систем, никакая доктрина, концепция, норма или инструкция не могут предложить адекватного решения проблем, постоянно возникающих в повседневной жизни. Другими словами, я считаю, что для повышения профессионального уровня лучше всего изучать сравнительное право после прослушивания курса национального права, за исключением случаев, когда выпускники после углубленного ознакомления с гражданским правом начинают специализироваться на изучении его особых проблем".

Б. ПРАВОВЫЕ СЕМЬИ МИРА

§ 5. Стиль правовых семей

Цель учения о правовых семьях — ответить на многочисленные вопросы, стоящие перед сравнительным правоведением. Возможно ли классифицировать правовые системы мира, разбив их на ограниченное число больших групп? Каковы критерии такой классификации? И если это удастся, то на основании каких критериев следует причислять данную правовую систему к той или иной группе? Задача такой классификации - обеспечить, что-

бы различные правовые системы в результате их систематизации стали более доступными для научного анализа. Одновременно это поможет облегчить и сравнительно-правовые исследования. Если, в частности, будет установлено, что в каждой из больших групп есть одна или две правовые системы, которые достаточно полно характеризуют данную группу в целом (и позволяют выявить особенности, отличающие ее от других групп), то при определенных условиях сравнительно-правовые исследования на нынешнем этапе развития этой молодой науки можно ограничить именно этими системами.

В прошлом не раз предпринимались попытки подобной классификации. Особенно настойчиво этой проблемой занимались Армижон, Нольде и Вольф. Их не устраивало выдвинутое ранее, в начале XX века, предложение Эсмена классифицировать правовые системы в рамках романской, германской, англосаксонской, славянской и исламской правовых семей. По их мнению, для подобной классификации отсутствовали четкие критерии. Однако эту критику вряд ли можно считать справедливой, так как для своего времени классификация Эсмена была счастливой находкой, равно как и выдвинутые им критерии разграничения правовых семей. Он писал: "необходимо классифицировать законодательства (или обычаи) различных стран, разбив их на ограниченное число семей или групп, каждая из которых представляет собой самостоятельную систему права, а ознакомление с историей развития, общей структурой и отличительными особенностями каждой из систем станет для нас, по-видимому, первым общим и важным шагом в науку сравнительного права". Леви-Ульман также подвергся критике, когда он попытался классифицировать правовые системы по принципу семей континентально-европейского, англо-американского и исламского права, хотя в основе его классификации лежал четко сформулированный критерий, а именно различная роль правовых источников в правовых системах континентального права и системах, основанных на общем праве.

Соце-Аль в 1913 году предложил группировать правовые порядки по национальному критерию, так как, по его мнению, "лишь познавая внутренний мир каждой народности, можно выявить особенности эволюции права". Поэтому он выделяет следующие правовые семьи: индоевропейскую, семитскую, монгольскую и право нецивилизованных народов. При этом первую правовую семью он подразделяет на следующие подгруппы: индусскую, иранскую, кельтскую, греко-латинскую, германскую, англосаксонскую и латышско-славянскую. Мартинез Паз известен созданием классификационной системы по генетическому методу, согласно которому учитывается, в какой мере развитие правовой системы было подвержено влиянию международно-правовых обычаев, римского и канонического права, современных демократических традиций. На основе этого критерия он подразделяет правовые системы на четыре группы. В одной из них, например, в группе "римско-каноническо-демократического права", к удивлению читателя, объединены правовые системы латиноамериканских стран, Швейцарии и России.

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

В работе Рене Давида, написанной почти в то же время, критикуются теории предшественников за отсутствие убедительных критериев для определения различий между правовыми семьями и утверждается, что лишь два из них выдержали испытание временем.

Первый из них - идеологический (который, с его точки зрения, является отражением религиозных, философских воззрений данного общества, его политической, экономической и социальной структуры). Второй - юрико-технический, играющий, однако, вспомогательную роль. И потому первый критерий - "философская база, концепция правосудия" - является основным для его классификации, состоящей из пяти правовых семей: западного права, советского права, исламского права, индуистского права и китайского права. В дальнейшем в эту классификацию он внес изменения и стал различать три правовые семьи: романо-германского права, общего права и социалистического права. Позднее он объединил под общим родовым понятием "другие системы" слабо между собой связанные исламское право, иудейское право, а также право вновь образовавшихся стран Африки и Мадагаскара.

Несколько лет назад Мальмстрём вновь вернулся к теории правовых семей. Критикуя предложение Армижона, Нольде, Вольфа, он предложил выделить одну западную (евро-американскую) группу правовых семей, в основе которых лежат европейские источники права, объединив в ней французскую, скандинавскую, германскую и английскую семьи. Они имеют ряд общих черт, отличающих их существенным образом от остальных правовых семей мира. К этой группе Мальмстрём хотел причислить и латиноамериканскую семью, а также семью общего права. Кроме того, он выделил в особую группу социалистические, азиатские (некоммунистические) и африканские правопорядки...

Другую классификацию предлагает в своей работе Йорси. В ее основу впервые в истории правоведения была положена марксистско-ленинская теория права.

По его мнению, решающее влияние на правопорядок каждой страны оказывают господствующие в ней производственные отношения, особенно отношения собственности на средства производства, определяющие классовую природу политической власти в обществе. Из этого, прежде всего, следует, что современные правовые системы можно разделить на два "типа права": "капиталистический" в странах с частной собственностью на средства производства и "социалистический" в странах с "обобщественными" средствами производства, управление которыми находится в руках рабочего класса. Правовые системы европейских стран "капиталистического права" он подразделяет на четыре группы в зависимости от времени и форм перехода от феодальных к буржуазным производственным отношениям. К первой группе принадлежат Англия и Скандинавские страны, так как там имел место ранний компромисс между буржуазией и феодалами.

Ко второй группе принадлежит Франция. В этой стране смена феодализма капитализмом осуществлялась радикальным способом, и буржуазия пришла к власти в результате революции. В немецкоязычных странах Центральной Европы, в Венгрии и других странах Восточной и Южной Европы буржуазия довольно поздно пришла к власти в результате длительной борьбы с феодализмом, что наложило отпечаток на политическое и социальное развитие этих стран. Поэтому эти страны отнесены к третьей группе.

Предложенная Армижоном, Нольде и Вольфом классификация из семи правовых семей оказалась убедительнее, чем все ей предшествующие, поскольку ее авторы отказа-

лись от использования всех внешних критериев, подчеркнув, что "рациональная классификация современных правовых систем требует изучения их содержания". К сожалению, авторы мало что сообщают о принципах, использованных для исследования различных правовых систем с целью их группировки в соответствии со своей концепцией. В конечном счете, все неизбежно сводится, как и в сравнительной лингвистике, к формированию "семей" по аналогии и по степени родственной близости. Каковы же должны быть общие свойства для отнесения определенной правовой системы к той или иной семье, остается неясным. И хотя часто не вызывает сомнения очевидность того, что данный правовой порядок следует классифицировать в качестве "материнского" (например, общее право Англии), это не помогает ответить на нередко трудный вопрос, какой из правовых порядков является "материнским" по отношению к определенному "дочернему" правовому порядку, так как сравнительному праведению известен феномен, когда "дочь" меняет свою "мать".

В этой связи, на наш взгляд, следует принимать во внимание два обстоятельства.

1. Так как сравнительно-правовые исследования наиболее интенсивно (хотя и далеко не достаточно) проводятся в сфере, которую правовая наука на Европейском континенте причисляет к частному праву, и так как теория правовых семей является в целом почти исключительно сферой деятельности компаративистов-цивилистов, то эта теория почти всегда развивается так, будто не существует другого права, кроме частного. Лишь Армижон, Нольде и Вольф подчеркивают, что их классификация правовых семей относится исключительно к частному праву, к которому она только и применима. В действительности следует ясно себе представлять, что правильность такой классификации весьма относительна. Например, можно представить себе такой случай, когда частное право какой-либо правовой системы следует отнести к одной семье, а конституционное - к другой. Так, если немецкое гражданское право, без сомнения, принадлежит к германской правовой семье, то в области государственного права наличие или отсутствие конституционной юрисдикции можно было бы рассматривать как "системообразующий" критерий, на основании которого можно было бы создать в рамках сравнительного государственного права семью правовых систем с конституционной юрисдикцией. В этом случае к ней пришлось бы отнести США, Италию и Германию, а Англию и Францию - нет. С подобным феноменом часто сталкиваются, когда ориентируются только на частное право. Например, семейное и наследственное право арабских стран однозначно имеет корни в исламском праве, а в Индии эти правовые институты несут на себе отпечаток индийского права. Вещное же право этих стран, равно как и договорное, торговое и деликтное право, испытало сильное влияние правовых представлений бывших метрополий: Индия - общего права, большинство арабских стран - французского права. Таким образом, при применении теории правовых семей следует помнить о возможных различиях в источниках происхождения изучаемых правовых систем.

2. Если сравнительно-правовое исследование мало зависит от "росчерка пера законодателя", так как поднимается над позитивным материалом, черпая свои оценки в сравнении, то классификация правовых систем по правовым семьям, равно как и образование последних, в значительной степени обусловлена временем и постоянно подвержена влиянию законотворческой деятельности и других факторов.

Может возникнуть, например, вопрос, к какой правовой семье отнести современное японское право. С одной стороны, стремительное экономическое развитие Японии дает основание предположить, что было бы разумно причислить ее правовую систему к правовой семье, основанной на европейских источниках, а не к дальневосточной правовой семье. С другой стороны, многочисленные японские кодексы, скоренные по образцу континентального европейского права, оставались мертвой буквой в условиях правовой действительности этой страны. Создается, однако, впечатление, что в сегодняшней Японии начинают постепенно ослабевать традиционное пренебрежение к статутному праву и отрицание всех форм судебного решения споров. А это означает, что принадлежность японского права к дальневосточной правовой семье вызывает все большие сомнения. Аналогичная проблема возникает и в отношении Китая, с той лишь разницей, что его правопорядок, по видимому, все более тяготеет к семье социалистического права.

Наконец, развитие мирового сообщества может привести постепенно к появлению совершенно новой правовой семьи. В этой связи вполне закономерен вопрос, не возникла ли сегодня необходимость объединить в "африканскую правовую семью" правовые системы африканских стран, расположенных к югу от Сахары. В любом случае бесспорным остается тот факт, что африканские правопорядки уже давно являются трудным, но привлекательным предметом исследования сравнительно-правовых проблем, этнологии и социологии права.

Африканские правовые системы дают много наглядного материала для изучения проблемы примата реципируемого иностранного права. Все большее значение для них начинают приобретать нормы бывших метрополий, которые служат им моделью, особенно в области обязательственного, торгового, уголовного и административного права. Это объясняется тем, что африканские юристы получают образование в Европе или в африканских университетах, копирующих во многом программы европейских университетов. Тем самым они "интернационализируют" европейские правовые традиции в своей практике, действуя как чиновники правительственных учреждений, судьи и адвокаты. Это привело к тому, что до сих пор сохраняются глубокие различия между бывшими колониальными владениями Франции и Бельгии, с одной стороны, и бывшими британскими колониями - с другой. По этой причине африканский юрист из Ганы сможет скорее найти общий язык с коллегой из отдаленной Уганды, Кении или даже Англии, чем из соседнего государства Кот-д'Ивуар. Бесспорно также, что сегодня все африканские страны должны решать аналогичные по сути проблемы, которые могут решаться совместными усилиями. Те, для кого эта точка зрения имеет определяющее значение, могут утверждать, что африканская правовая семья существует, несмотря на отмеченные различия.

Эти примеры со всей очевидностью свидетельствуют о зависимости классификации правовых семей и критериев, определяющих принадлежность к ним отдельных правовых систем, от исторического развития и происходящих в мире изменений. Поэтому теория правовых семей неразрывно связана с принципом относительности исторического развития.

Это означает, что сравнительная история права, или так называемое "вертикальное" сравнительное правоведение, изучает различные, уже ушедшие в прошлое и отличающиеся друг от друга в зависимости от рассматриваемой эпохи правовые семьи. Сравнительное

же правоведение в собственном смысле этого слова изучает те правовые семьи, которые включают лишь современные, "живые" правопорядки. Этого не учел Шнитлер, когда в 1961 году решил разработать свою классификацию на основе критерия "великих цивилизаций". Его классификация состояла из правовой семьи нецивилизованных народов, правовой семьи античных цивилизаций Средиземноморья, евро-американской правовой семьи, возникшей из смешанной римско-германской цивилизации с элементами христианской культуры, религиозно-правовой семьи афро-азиатских народов. Помимо других очевидных недостатков в его системе недооценивается значение вышеназванного принципа. А методы сравнительной истории права и системообразующего сравнительного правоведения применяются столь путано, что основная функция теории правовых семей - систематизировать разнородные правовые системы - не была реализована.

Предпринимаемые до сих пор попытки определить критерии для выделения каждой правовой семьи и для группировки по этим семьям национальных законодательств не достигали своей цели из-за своей одномерности, то есть из-за того, что речь шла только об одном критерии. И даже наиболее развитая теория Армижона, Нольде, Вольфа не дает точного ответа на вопрос, на какие критерии следует опираться при изучении содержания правовых систем. Даже ранние теоретические построения Рене Давида, который классифицировал национальные правовые системы на основании идеологических критериев в широком смысле, также оказывались недостаточными из-за своей одномерности. Нельзя объединять в одну семью столь различные между собой общее и континентальное право лишь на том основании, что общее для них представление о справедливости отличается от содержания, которое вкладывается в это понятие в социалистическом праве.

Решающее значение в данном вопросе приобретает, по-видимому, понятие стиля, ибо определенный стиль имеют как семьи, так и отдельные правовые системы. В сравнительно-правовом исследовании надо стремиться к тому, чтобы научиться распознавать правовые стили и определять правовые семьи и входящие в них отдельные правопорядки в соответствии с индивидуализирующими элементами стиля, другими факторами, отражающими стилевые особенности правовой семьи или правопорядка.

Понятие стиля как отличительной особенности давно уже не является исключительной привилегией художественной литературы или прикладного искусства. Если в этих сферах человеческой деятельности понятие единства стиля плодотворно используется, чтобы охарактеризовать цельность художественного произведения или даже формы, то в науке оно служит для выявления общего и особенного и их соотношения в одном предмете или для выявления различий между предметами. В юриспруденции это понятие применяется в кодексе канонического права. Согласно 20-му канону, в случае отсутствия соответствующей ясно выраженной нормы следует вывести норму, подлежащую применению, исходя из аналогии общих правовых принципов, отвечающих понятию канонической справедливости, постоянно действующей господствующей доктрины и стиля и практики римской курии. Родственная юриспруденции экономическая наука использует в одном из своих направлений "экономический стиль". По определению Артура Шпитхофа, экономический стиль - это отличительная черта, подчеркивающая своеобразие форм, в которых осуществляется экономическая жизнь данной страны.

Поднимаемый им далее вопрос об определении экономических стилей не представляет интереса, поскольку из дискуссии на данную тему нельзя почерпнуть что-либо полезное для определения юридических стилей из-за существенных различий между двумя научными дисциплинами.

Таким образом, правоведам-компаративистам определять характер стиля той или иной правовой системы приходится на основании собственного довольно отрывочного опыта. При этом незначительные различия между правовыми системами нельзя рассматривать как элементы стиля. Этой цели могут служить лишь существенные и важные отличия и особенности. Разумеется, критерии "важности" и "существенности", а также число необходимых стилей никогда не будет установлено точно и всегда будет зависеть от усмотрения исследователя. Однако цель данной работы однозначна - уловить черты прошлого и настоящего в своеобразии форм общественной жизни.

И показателем "важности" какой-либо характерной черты правовой системы станет резкое учащение пульса иностранного компаративиста, когда он с восторженным удивлением неожиданно обнаружит эту черту в процессе своего исследования. Как правило, проще обнаружить элементы стиля в иностранном правопорядке, нежели в своем собственном. Отсюда следует, что стили правовых систем могут быть скорее выявлены в результате долгосрочного международного сотрудничества.

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

Рассмотрим эти факторы:

1. То, что историческое развитие, которое остается всегда в поле зрения современного сравнительного правоведения, является стилеобразующим элементом, очевидно. Это наиболее ярко иллюстрирует, по-видимому, пример общего права. Гораздо больше сомнений возникает при классификации по правовым семьям правовых систем континентального права на основании критерия развития римского и германского права (исключение составляет обладающее бесспорной самобытностью скандинавское право). Принадлежат ли они к одной правовой семье, как считают Давид и Мальстрём, или их необходимо распределить между двумя семьями: германской (Германия, Австрия, Швейцария и "дочерние" правовые системы) и романской (Франция и ее "дочерние" правовые системы, включая Испанию, Португалию и южноамериканские страны). Армижон, Нольде, Вольф правомерно сделали выбор в пользу второго варианта. Общие правовые источники теряют в процессе исторического развития значение для стилия правопорядков, если влияние более поздних событий существеннее. И для рассматриваемых правопорядков более позднее влияние является существенным фактом. Так, глобальный процесс рецепции французского ГК не затронул Германию, Австрию и Швейцарию. В то же время, в правовом пространстве немецкоязычных стран в XIX веке под влиянием теории пандектного права была разработана формальная юридическая техника с исключительно четким понятийным аппаратом, которая не нашла отзвука во Франции, в правовой культуре которой скорее чувствовалось влияние политики и судопроизводства. И не случайно там и речи не шло о всеобъемлющей кодификации, как это имело место в Германии.

И если поместить под одну крышу объединенной романо-германской правовой семьи романское право, право Германии, Австрии, Швейцарии да еще и скандинавское право, то возникает опасность того, что рассмотрение будет ограничено лишь относительно абстрактными элементами общности, которые эти правовые системы, если сравнивать их с общим правом, действительно имеют.

С другой стороны, при такой классификации, объединяющей три правовые семьи в одну, очень легко не уловить, что каждая из них имеет свой собственный, только ей присущий голос, звуковую окраску которого нельзя спутать с другими голосами. Разумеется, романская, немецкая и скандинавская правовые семьи имеют между собой больше общего, чем каждая из них с общим правом. Но особенности их более позднего развития во взаимодействии со стилевыми различиями требуют, во избежание выхолащивания их сути, разделить их на три правовые семьи. Историческое своеобразие общего права столь же очевидно, как и своеобразие исламского и индусского права. И каждое из них по этой причине должно классифицироваться отдельно. Что же касается российского права, которое претерпело существенные изменения в результате более поздних исторических влияний, то, несмотря на ряд заимствований из западных правовых систем, его следует классифицировать отдельно. То же самое относится и к праву некоммунистических стран Дальнего Востока. Свообразие их права в значительной степени определяется особенностями их правового мышления. И имевшая место в ряде случаев рецепция западного права не оказала существенного влияния на его развитие.

2. Специфика юридического мышления должна отражаться на стиле. Так, для германской и романской правовых семей характерно стремление к созданию абстрактных правовых норм, к охвату всей сферы права хорошо структурированной системой и, наконец, просто к разработке методов для построения юридических конструкций. Свообразие этого "пакета" элементов стиля проявляется при сравнении с англосаксонской правовой семьей, в которой положение дел рассматривается с совершенно иной точки зрения.

В английском общем праве традиция развивалась постепенно путем накопления опыта судебных решений. Его исторические корни лежат не в писаных законах, а в прецедентах. Континентальное же право, наоборот, пошло по пути рецепции римского права, начав с толкования свода законов (кодекса) Юстиниана и закончив включением абстрактных норм в национальные кодексы. Таким образом, наука общего права по происхождению - судебная, а континентального - схоластическая. В Англии знаменитыми юристами становились судьи, а на континенте - профессора юриспруденции. На континенте толкование нормы заключается в стремлении определить ее истинное содержание — даже в случае возникновения непредвиденных случаев, возникающих в наши дни. В Англии и США высказывания ученых-юристов носят характер чуть ли не предсказаний. Это различие в стилях характерно для всей сферы права в целом. На континенте юристы мыслят абстрактно, понятиями правовых институтов, в США и Англии - конкретно, "прецедентно", с точки зрения отношений сторон, их прав и обязанностей. На континенте стремятся создать правовую систему без лагун, в США и Англии для юристов ориентирами служат судебные решения. На континенте испытывают радость от научной систематизации, в США и Англии царит глубокий скепсис по отношению к любым иссушающим душу обобщениям. На континенте оперируют понятиями, которые начинают часто жить собственной жизнью,

что таит в себе опасность для тех, кто их применяет. А в Англии и США всему этому предпочитают наглядные представления о предмете и т. д.

Стиль определяется человеческими представлениями, сформированными в процессе исторического развития, и в первую очередь особенностями развития духовной жизни. На континенте человек, если позволительны подобные обобщения, склонен к планированию и, как следствие этого, к созданию абстрактных правовых норм и правовых систем. У него формируются априорные представления о жизни, и он мыслит дедуктивно. Англичанин - импровизатор по натуре. По выражению Мэйтланда, он - эмпирик. Дня него существует лишь жизненный опыт.

Поэтому теоретический априоризм и абстрактная норма мало что для него значат. Уверенность (может быть, как результат опыта матросской жизни?), что жизнь течет не по плану, позволяет противопоставить прецедент писаному праву. И такое противопоставление отвечает природе английской нации. Конечно, в настоящее время наблюдается сближение общего права и континентального. На континенте происходит постепенное ослабление незыблемой веры в примат закона, понимание ошибочности представлений о том, что принятие решений - лишь техническая и автоматическая операция. Наоборот, в законе видят все больше лишь выражение общих принципов, дающих большой простор для толкования, и, как следствие этого, постоянная судебная практика становится самостоятельным источником права (в форме судебных решений).

В американском праве наметилась противоположная тенденция. Со стремительным ростом массового производства, приведшем, в свою очередь, к усилению плановых начал в экономике, существенно расширился круг проблем, решение которых требовало обращения к абстрактным нормам.

Но, конечно, благодаря разнице в методах толкования сохраняется в значительной степени и разница в стиле правовых семей.

К элементам стиля континентального права относится и стремление к борьбе с формализованностью в праве. В частном праве это выразилось в том, что простое согласование воли (консенсус) уже порождало договорные обязательства, независимо от формы их выражения.

В данном случае речь идет о важной черте развитой правовой культуры. Историческим предшественником и антиподом консенсуса является правовой формализм, который фактически ограничивал число возможных сделок из-за предписываемой законом необходимости заключать их в строго определенной форме. На более позднем этапе развития правовой культуры появляется фигура "неоформленной" фиктивной сделки - сделки, выражавшей волю участников, но не предусмотренной законом. Стороны, заключавшие подобную сделку, добивались отнесения ее к одному из признаваемых законом видов или совместно затевали "фиктивный процесс", чтобы обойти стесняющие их требования закона о не устраивающей их форме сделки. Но последний этап развития — это борьба против "трагизма формы", который заключался в том, что стороны не могли достичь желаемого, поскольку не выполнили отдельных предписываемых законом формальностей, которые им, вероятно, не были даже известны.

Формализм характерен для всех примитивных систем права. Однако он все еще сохраняется и в развитом англо-американском праве в "законе о мошенничестве". На Евро-

пейском же континенте развивается тенденция "антиформализма в праве". Особенно сильно она проявляется в Германии, Швейцарии и Скандинавских странах, слабее - во Франции, что нетипично и объясняется действием ее ПС

Неоформленные сделки и фиктивные процессы также уязвимы для критики на данном этапе развития правовой культуры. Но поскольку вера во всеислие формализма закона преодолена, реакция законодателя на подобные нарушения либеральна: открыты двери свободы для заключения сделок без соблюдения требований, предъявляемых законом к их форме.

Другим элементом стиля правового мышления, который присущ многим правовым семьям и в первую очередь правовой культуре Запада, является то, что Рудольф Иеринг назвал "борьбой за право". Он так сформулировал свой принцип: цель права - мир, средство ее достижения - борьба. Другими словами, тезис Иеринга заключается в том, что борьба индивида за свои права является его обязанностью в отношении как его самого, так и идеи права. Эта правовая максима, на которой зиждется стиль судопроизводства западных стран, является, по мнению Иеринга, универсальной. И сегодня многим она кажется избитой правовой истиной. Убедиться в том, что это не так, вновь помогает сравнительное правоведение. В частности, рассмотрение права стран Дальнего Востока свидетельствует об ином его понимании, по крайней мере, вплоть до недавнего прошлого.

В этих странах право играет вспомогательную, подчиненную роль; оно направлено на обеспечение социального порядка и используется лишь в самых крайних случаях. Социальная гармония ощущается там как часть общей гармонии, модель которой мы видим в природе и в мировом порядке. Право с его сухой логикой и внешним принуждением представляет собой лишь рудиментарный порядок, который более подходит варварским, нежели цивилизованным народам.

Источником норм поведения, которых испокон веку придерживались в семье, клане, деревне, является не право, а совокупность неписаных правил, освященных традицией. Цель этих правил не в том, чтобы получить по заслугам, а в сохранении социальной гармонии. И потому решение спора состоит не в том, чтобы определить победителя и побежденного, а в том, чтобы проигравший мог "сохранить свое лицо".

Реализация права на Дальнем Востоке поэтому заключается не в окончательном решении судьи в пользу одной из сторон, которое, в сущности, не устраняет недовольства другой, а в достижении мирного компромисса, полюбовном улаживании спора. В этом много от восточной мудрости, которая в определенной степени воспринята и на Западе, в частности, когда мы говорим, что плохой мир лучше доброй ссоры, или когда опытный адвокат гордится тем, что он никогда не доводит дело до суда. Таким образом, главное различие в стилях права Запада и Дальнего Востока состоит в следующем:

На Западе лейтмотивом являются борьба за право и стремление добиться ясного и недвусмысленного решения. Компромисс же рассматривается как дополнительная возможность, которая редко используется.

На Дальнем Востоке противоположная картина. Сохраняющий лицо компромисс - основное средство. Решение в пользу какой-либо из сторон принимается лишь в крайне необходимых случаях.

Совершенно очевидно, что в этой сфере сравнительное правоведение нуждается в значительной поддержке социологии права. Пример с правом Дальнего Востока доказывает, что законы и кодексы, которые лишь в Японии с юридико-технической точки зрения и по содержанию сравнимы с европейскими, играют второстепенную роль. И их влияние на механизм, лежащий в основе функционирования правовой жизни дальневосточных стран, гораздо меньше, чем это можно было бы предположить. Аналогичные вопросы компаративист должен ставить перед собой и при изучении других правовых систем. Согласно имеющейся информации о правовых порядках Латинской Америки, есть все основания полагать, что там писанные законы также играют относительно небольшую роль в правовой жизни. А рассмотрению дела в нейтральном государственном суде не придется столь важного значения при решении социальных споров, как в Европе или Северной Америке. Но, разумеется, предстоит еще многое сделать, ибо сравнительные исследования по социологии права находятся *еіпе* в начале пути.

3. Своеобразие некоторых правовых институтов столь велико, что они играют существенную роль в определении стиля правовой системы. В общем праве это, например, представительство, возмещение ущерба, право отвода, принципиальное отклонение иска об исполнении судебного решения, доверительная собственность, изощренная казуистика в деликтном праве и значительная специфичность вещного права с его различными степенями собственности, различием между недвижимостью и движимым имуществом, затем относительность правосубъектности юридического лица, передача наследственного имущества судебному исполнителю, а также удивительное своеобразие права доказательств.

В романском праве стилеформирующими особенностями обладают доктрина причинности, обход закона, прямой и косвенные иски, вещные иски к третьим лицам по делам о неосновательном обогащении, степень гражданско-правовой ответственности без вины, наконец, неизвестное общему праву, но имеющееся во всех правовых системах стран континентальной Европы "ведение дел в интересах третьих лиц без полномочий с их стороны".

Что касается германской правовой семьи, то здесь можно назвать общие оговорки, открывающие "ворота" в судебное право, понятие "правовой сделки", учение об абстрактном (реальном) договоре, ответственность, вытекающую из вины при заключении договора, доктрину отпадения основания сделки, усиление роли института неосновательного обогащения, поземельную книгу. Стиль социалистического права определяют такие институты, как различные виды собственности, своеобразие договоров в плановой системе хозяйства, понятие законно- и незаконнорожденных детей и многое другое.

4. Правовые источники и методы толкования также являются стилеобразующими факторами, главным образом в связи с особенностями судебной системы и процессуальными нормами. Начиная с Леви Ульмана, этим факторам постоянно уделяют внимание многие исследователи, и прежде всего в связи с предполагаемыми противоречиями между писаным и общим правом, со всеми изощренностями теории прецедентов и точностью конструкций законодательных актов. Хотя существование различий отрицать не приходится, степень их сильно преувеличена. В целом учение об источниках права играет относительно скромную роль для сравнительно-правовых исследований вообще и теории правовых семей в частности. Упомянутые выше институты права должны привлечь значительно более пристальное внимание.

5. Идеологические факторы, такие как политические и экономические или правовые аспекты религиозных учений, также служат стилеобразующими элементами правовых семей. Об этом свидетельствуют церковное право и системы права социалистических стран. Правовая идеология англосаксонской, немецкой, романской и скандинавской правовых семей в целом совпадает, а различия определяются другими элементами стиля. Различия, характерные для коммунистической теории права как идеологического фактора, столь кардинальны, что вынуждают объединить правовые системы бывшего СССР, КНР, МНР, СРВ и бывших социалистических стран Европы, КНДР в особую правовую семью.

Стилеобразующие факторы, определяющие правовые семьи и их состав, по-разному проявляют свою способность к классификации в зависимости от предмета исследования. Как отмечалось выше, идеология является эффективным стилеобразующим фактором при рассмотрении систем церковного права и права социалистических стран. Для правовых семей западных стран в значительно большей степени, чем идеология, стилеобразующими факторами служат история, образ мышления и определенные правовые институты. Вид и характер правовых источников важен для характеристики исламского права и индусского права, равно как и для отграничения англосаксонской правовой семьи от правовых систем стран континентальной Европы. Но для отграничения германской, скандинавской и романской правовых семей этот фактор значения не имеет.

"Гибридные" правовые системы, которые трудно причислить к какой-либо правовой семье, следует изучать с точки зрения выявления в них элементов, сближающих их в данный момент с определенным стилем. Это относится к правовым системам таких стран, как, например, Греция, ЮАР, Израиль, Филиппины, Пуэрто-Рико, а также к правовой системе штата Луизиана в США, канадской провинции Квебек, Шотландии и многим другим. Разумеется, в решении вопросов с "гибридными" правовыми системами следует избегать прямолинейности. Часто в результате исследования компаративист устанавливает, что одна часть норм изучаемого им правопорядка несет следы влияния одного "материнского права", другая - другого. В этом случае его нельзя причислить только к одной правовой семье. Это может быть допустимо лишь при условии, что речь шла о таких отраслях права, как, например, только семейное право, только наследственное или только торговое. В других подобных случаях тенденция развития правопорядка свидетельствует о сближении его с какой-либо одной правовой семьей.

Однако крайне сомнительной представляется возможность определения точного момента, когда правопорядок следует причислить лишь к одной правовой семье. Вообще любая классификация по правовым семьям, как показывает пример с "гибридными" правопорядками, является лишь обычным вспомогательным средством, которое поможет начинающему до некоторой степени упорядочить запутанное многообразие правопорядков стран мирового сообщества. Опытный же компаративист, способный чутьем определять особый стиль каждого национального правопорядка, уже не нуждается в подобном вспомогательном средстве или осмотрительно пользуется им лишь в крайних случаях, когда столь сложный живой социальный феномен, как правовая система, требуется привести, по крайней мере внешне, в определенный порядок.

По этой причине следует спокойно реагировать на постоянно появляющиеся в печати новые проекты классификаций правовых систем и их разностороннюю критику. Как

уже отмечалось, в вопросе о "существенности" критериев разделения на правовые семьи у специалистов нет единого мнения. И не исключено, что в рамках сравнительной социологии права, сравнительной этнологии права или политологии будет разработана новая концепция, которая станет основой для других классификаций. К тому же часто какое-либо данное деление на правовые семьи обусловлено определенной целью, в соответствии с которой решается проблема целесообразности выбора критериев, лежащих в его основе. В дидактических целях авторы данной книги стремятся показать, что романская, германская и скандинавская правовые семьи имеют каждая свой особый тембр, заслуживающий быть услышанным. Это также послужило обоснованием для избранной нами классификации. Другие цели могли продиктовать и другой выбор. И в данном вопросе нельзя не согласиться с Рене Давидом, который писал по поводу споров вокруг проблемы классификации: "на эти дискуссии, не имевшие никакого смысла, было истрчено много сил. Понятие "правовая семья" не имеет ничего общего с биологической реальностью. Его используют исключительно в научных целях, чтобы подчеркнуть значимость сходства и различий между разными правовыми системами. Поэтому у всех классификаций есть свои достоинства. Все зависит от того, насколько данная классификация способна решить проблему, которая является стержневой для всех изучаемых право порядков".

Цель данной работы заключается не в том, чтобы предложить новую классификацию правовых семей, а в том, чтобы с большей точностью, чем это имело место до сих пор, определить, с одной стороны, критерии, лежащие в основе различных правовых семей, а с другой - критерии стиля и его научного толкования, с тем, чтобы выявить характерные черты изучаемых право порядков, позволяющие установить их принадлежность к той или иной правовой семье. Поэтому авторы сочли возможным опираться в данной работе на классификацию правовых семей Армижона, Нольде, Вольфа, которая в наибольшей степени отвечает их научным взглядам и в которую они внесли лишь незначительные изменения. Согласно этой классификации, все национальные правовые системы сгруппированы в восемь правовых семей: 1) романская; 2) германская; 3) скандинавская; 4) общего права; 5) социалистического права; 6) права стран Дальнего Востока; 7) исламского права; 8) индусского права.

Учебное издание

Спирин Михаил Юрьевич

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ

Учебное пособие

Публикуется в авторской редакции
Титульное редактирование *Т. И. Кузнецовой*
Компьютерная верстка, макет *Н. П. Бариновой*

Подписано в печать 31.05.2016. Гарнитура Times New Roman. Формат 60x84/16.

Бумага офсетная. Печать оперативная.

Усл.-печ. л. 4,65; уч.-изд. л. 5,0. Тираж 100 экз. Заказ № 2747.

Издательство «Самарский университет», 443011, Самара, ул. Акад. Павлова, 1.

Тел. 8 (846) 334-54-23.

Отпечатано с готового оригинала-макета на УОП
Самарского национального исследовательского университета.