

Наконец, с точки зрения юридического понятия государства, следует различать правовое государство и полицейское государство. И в одном, и другом случае это демократические государства, где признаются права и свободы человека.

Каждая из этих демократий требует от человека систематизированных знаний о праве, осмысления их на высоком уровне, знаний, выработанных в порядке целенаправленного воздействия чувства собственного достоинства, самоуважения, готовности к инициативной деятельности по реализации своих прав и свобод, их защите.

Денисенков В. А.
(БГЭУ)

Взаимодействие и взаимопроникновение источников права основных правовых систем

Нормы права и формы их выражения и закрепления (т. е. источники права в юридическом, формальном смысле) являются одним из главных системообразующих факторов правовой системы. Под основными правовыми системами следует понимать правовые системы европейского типа (буржуазные и постбуржуазные), т. е. семьи англосаксонского (общего) и романо-германского (континентального) права. В юридической литературе существует мнение (профессор Г. И. Муромцев), что нельзя ставить правовые системы традиционного (т. е. добуржуазного) типа (обычное, индусское и мусульманское право) в один ряд с правом современных развитых стран и рассматривать их как типологически однородные явления. Во-первых, потому что это право иной исторической эпохи (т. е., по существу, иного исторического типа). А, во-вторых, по той причине, что нигде в современном мире обычное, индусское либо мусульманское право не является правом национальным. В тех регионах, где сохранилось их действие (страны Тропической Африки, Ближнего и Среднего Востока, Южной и Юго-Восточной Азии), они выступают лишь как подсистемы национального права, а «несущей конст-

рукцией» национальных правовых систем здесь является право европейского типа. Это последнее с определенной долей условности и выступает в роли национального права.

Семья англосаксонского (или общего) права включает в себя правовые системы стран английского языка — таких как Англия, США, Канада, Индия, Австралия и т. д. Наиболее важным источником англосаксонского права (с точки зрения процесса его формирования) является судебный прецедент. Однако специфика английского права состоит отнюдь не в прецеденте как таковом, когда ранее вынесенные решения принимаются во внимание при рассмотрении сходных вопросов. Такого рода прецеденты сыграли важную роль в развитии практически всех правовых систем, не утратив значение и сегодня. Речь идет о действии доктрины прецедента, или *stare decisis*, суть которой в обязанности судов следовать решениям судов более высокого уровня, а также связанности апелляционных судов своими прежними решениями (кроме Палаты лордов). Доктрина прецедента обуславливает особую роль суда в формировании и развитии права. Если на европейском континенте судьи лишь применяют правовые нормы, то в условиях общего права, вынося решение или приговор, они одновременно объявляют или создают право, т. е. выступают в роли законодателей. Следует также отметить, что прецеденты создаются в Англии только высшими судебными инстанциями: Палатой лордов, Судебным комитетом Тайного Совета, Апелляционным судом и Высоким судом. Нижестоящие суды прецеденты не создают.

Другим основным источником англосаксонского права является закон (статут). Он появился гораздо позднее прецедента, но постепенно приобрел весьма важное значение в правовом регулировании общественных отношений.

Говоря о соотношении прецедента и закона в англосаксонском праве, следует учитывать, по меньшей мере, три фактора. Во-первых, утрату прецедентом со второй половины XIX века своего верховенства в правовой системе.

Во-вторых, неоднозначность взаимоотношений закона и прецедента, ибо приоритетом обладает и закон по отношению к прецеденту, поскольку последний может быть отменен нормой закона, и су-

дебный прецедент по отношению к закону, что вытекает из обязанности суда толковать акты парламента. При этом лишь нормы законодательства, получившие судебное истолкование, считаются частью общего права. В итоге при рассмотрении дел суды применяют не норму закона как таковую, а норму, возникшую при его толковании, что ведет к фактическому сужению сферы действия законодательства за счет общего права, а нередко и к существенному разрыву между собственно нормой статута и ее судебной интерпретацией.

Следовательно, прежде чем стать действующим актом, закон должен, образно говоря, «обрасти» конкретизирующими его обязательными судебными решениями. Английская судебная практика знает немало случаев, когда принятые статуты оставались мертворожденными, игнорировались судами либо их смысл и значение интерпретировались иначе. Соответственно, можно сделать вывод, что статут (закон) нельзя рассматривать как источник, разрушающий или нивелирующий систему прецедентов как инородную форму права, а, скорее наоборот, он сам стал придатком этой системы, дополняющим и совершенствующим ее.

Наконец, третий фактор — это в известном смысле надгосударственный характер общего права, действующего в большой группе англоязычных стран. «Существует общее право стран с английским языком, — пишет известный французский ученый-компаративист Рене Давид. — Поэтому требуется обоснование, если в какой-нибудь стране с английским языком судья откажется применить норму, принятую судьями в других странах и как бы входящую в систему общего права, существующую для этих стран». Вследствие этого судьи, в некоторых случаях, обязаны применять иностранные прецеденты, что вступает в конфликт с принципом верховенства юрисдикции национальных судов и верховенства конституции в системе источников права. Вместе с тем, будучи санкционированным применившим его судом, судебный прецедент перестает быть иностранным и становится источником национального права.

Древним источником англосаксонского права является и обычай, однако роль его среди других источников права непрерывно уменьшается. В юридической литературе существует мнение, что обычай сохраняет свое значение прежде всего в тех областях, где пока

нет достаточного материала для законодательных обобщений. Особенно заметна роль обычая в регулировании новых экономических институтов, например договора лизинга, некоторых банковских, страховых операций. Многие вопросы парламентской процедуры, взаимоотношений некоторых должностных лиц, поведение монарха также регулируются в обычно-правовом порядке. Здесь обычай заполняет ниши в праве, которые образовались из-за отсутствия писаной конституции и других конституционных актов.

Для того, чтобы обычай стал источником права в англосаксонском праве не требуется его санкционирование государством. Необходимо, чтобы он удовлетворял определенным требованиям (непрерывность действия, использование с общего миролюбивого согласия, определенность и т. д.). По действующему правилу старинные обычаи (до XIII в.) также должны учитываться при решении судьями конкретных дел. Так, в Англии испокон веков существовал обычай, допускающий развешивание рыбацких сетей на чужом берегу вне зависимости от согласия собственника береговой полосы. Он до сих пор юридически значим и признается судами.

Следует отметить, что в правовых системах европейского типа неоднозначно и место обычая в системе источников права.

Здесь возможны:

1) полное его отрицание (ст. 7 французского Гражданского кодекса);

2) признание обычая в качестве субсидиарного источника права (Гражданский кодекс Российской Федерации);

3) признание за обычаем силы, равной закону и даже превосходящей его (п. 2 Вводного закона к Германскому гражданскому уложению провозгласил, что нормой, в смысле ГГУ и указанного закона, является любая правовая норма. Отсюда немецкие юристы сделали вывод, что норма обычного права равна по юридической силе закону и может не только дополнять, но и изменять его).

Подобное типично для стран, где существует дуализм гражданского и торгового права (Германия, Япония, Франция). При возникновении спора в сфере торговых отношений обычай обладает здесь приоритетом перед гражданским законом. Также следует отметить, что в Англии и США обычные нормы могут устанавливать правила,

отличные от диспозитивных положений законов и прецедентов.

Особое место среди источников англосаксонского права занимает юридическая доктрина (наука). Если в романо-германской правовой системе она не является самостоятельной формой выражения и закрепления юридических норм, хотя и играет в ней определяющую роль, то в англосаксонском праве некоторые литературные источники имеют повсеместное признание и используются при решении конкретных дел. К таким источникам относятся старинные руководства по общему праву, написанные наиболее авторитетными английскими юристами, чаще всего судьями. Значение этих источников не столько в теоретических суждениях авторов, сколько в прецедентах, которые приводят и анализируют ученые. По признанию самих английских юристов, наиболее авторитетный и цитируемый источник - «Институция» Кока. Современные же научные руководства в качестве первичных источников права не выступают, они имеют лишь убеждающее значение при решении дел.

Таким образом, под английской доктриной, как источником права, следует понимать не собственно юридическую науку, теоретические представления и идеи, а судебные комментарии, описания прецедентной практики, призванные выполнять роль практического руководства для юристов. Однако следует отметить, что использование доктрины в качестве основы судебного решения предполагает отсутствие при рассмотрении дела необходимой нормы закона, судебного прецедента или обычая.

Важнейшим источником романо-германского права выступает закон. Здесь различают понятия «закон в материальном смысле», т. е. всякую норму, исходящую от государства, независимо от форм ее изложения (нормативно-правовой акт) и «закон в формальном смысле». В последнем случае речь идет о принятом в особом порядке акте высшего представительного органа государственной власти, обладающем высшей юридической силой. Особенностью является и принцип верховенства закона, означающий ведущую роль в системе источников права писаных конституций. Кроме того в условиях верховенства закона акты регламентарной (т. е. исполнительной) власти (декреты, регламенты, постановления) имеют, как правило, подзаконный характер.

Из принципа верховенства закона вытекает еще одна существенная черта романо-германской правовой системы. Суд здесь рассматривается не как орган правотворчества, поскольку при рассмотрении дел он не может издавать общих предписаний. Вместе с тем в XX в. произошла эволюция такого подхода, в результате которой судебная практика также стала рассматриваться источником права. Речь идет о решениях высших судов, принятых при пробелах в праве на основе аналогии права; решениях, связанных с толкованием закона и т. д. По существу, постоянно применяя в идентичных делах одни и те же решения, судьи принимают во внимание прецедент. Широкий простор, предоставленный парламентами судебным органам, и противоречия законодательства обусловили разработку судьями принципиальных решений, уточняющих положения закона, а иногда идущих вразрез с волей законодателя. Таким образом, создаются своеобразные судебные нормы – правоположения судебной практики, учитываемые всеми применяющими право юристами. Эти правоположения публикуются в судебных сборниках, приобретают широкую известность и становятся частью правовой системы.

В заключение хотелось бы сказать, что многие современные ученые отмечают тенденцию, при которой в англосаксонской правовой системе идет процесс увеличения удельного веса статутного права, а в романо-германской правовой системе увеличивается удельный вес прецедентного права. Таким образом, происходит процесс взаимопроникновения источников права основных правовых систем.

Сосна П. Т.
(БГЭУ)

Древнеримское гражданское право (По «Законам XII таблиц»)

В Риме еще в древние времена различались две отрасли права – публичное и частное. Принято считать, что «Законы XII таблиц» являются источником всего публичного и частного права, которое защищало интересы отдельного лица в его взаимоотношениях с дру-