



ПРАВОВОЙ ПРЕЦЕДЕНТ КАК ИСТОЧНИК ПРАВА В СТРАНАХ РЕЛИГИОЗНОЙ ПРАВОВОЙ СЕМЬИ

Е. БОНДАРЕНКО,

ассистент кафедры конституционного и административного права
Киевского национального экономического университета имени Вадима Гетьмана

SUMMARY

The article deals with the role and place of the legal precedent among the other sources of law in the countries of religious legal family, established its legal force and practical value for the regulation of social relations. Analyzing the features of the development of sources of religious law legal family, also focused on its four major legal systems, namely the system of Muslim, Hindu, Jewish and canon law. Herewith special attention is paid to the historical retrospective the development of the system of sources of law of countries belonging to the religious legal family. Also considered difference concepts of «Islamic law» and «Muslim states law», «Israeli law» and «Jewish law».

Key words: source of law, legal precedent, law, custom, religious rule, legal family.

* * *

В статье исследовано роль и место правового прецедента среди прочих источников права в странах религиозной правовой семьи, установлено его юридическую силу и практическое значение для регулирования общественных отношений. Анализируя особенности развития источников права религиозной правовой семьи, акцентировано внимание на ее основных четырех правовых системах, а именно: системе мусульманского, индуистского, иудейского и канонического права. При этом отдельное внимание уделено исторической ретроспективе развития системы источников права стран, принадлежащих к религиозной правовой семье. Также рассмотрено отличие понятий «мусульманское право» и «право мусульманских государств», «израильское право» и «иудейское право».

Ключевые слова: источник права, правовой прецедент, закон, обычай, религиозная норма, правовая семья.

Постановка проблемы. Близкие по своему происхождению народы имеют непохожую ментальность, что обусловлено влиянием ряда факторов, среди которых уникальность исторического развития страны, культура, урбанистические процессы и тенденции и т. д. Как следствие, формируются различные способы управления этими обществами, включая и правовые, что не может не отобразиться на системе источников права.

Как считают украинские ученые, важным фактором, влияющим на развитие общества, права и государства в целом, является наличие экспансии. При этом, завоеватели сами могут принять образ жизни и право покоренных народов, а могут навязывать свои нормы, стандарты жизни и правовую систему. Территориальная характеристика права, то есть ограниченность его действия в пространстве, является характерной чертой и основным фактором, который обуславливает вариативность различных правовых систем. Также, следует отметить, что государство (федеральное, унитарное), проводя свою правовую политику, не может не учитывать особенности исторического опыта, наработанного или существующего в том или ином регионе, а также, особенностей его правовой системы [1, с. 236].

изменение юридической силы источников права, взаимовлияние правовых систем друг на друга. Отсутствие комплексного научного труда, посвященного исследованию роли и места правового прецедента среди других источников права в странах религиозного права, установлению его юридической силы и практического значения для регулирования общественных отношений и определяет актуальность выбранной темы.

Целью данной статьи являются исследование роли и места правового прецедента среди прочих источников права в странах религиозной правовой семьи, установление его юридической силы и практического значения для регулирования общественных отношений.

Изложение основного материала исследования. Среди компаративистов нет единства в вопросе выделения и классификации систем религиозного права. Так, Р. Давид, К. Цвайгерт и Х. Кетц выделяют только две системы религиозного права: мусульманское (исламское) и индуистское [2, с. 339; 3, с. 117]. Отечественные и российские авторы в основном также используют это разделение. Однако, приведенная классификация является неполной, поскольку не охватывает всех правовых систем, основанных на религиозных нормах. Нельзя также

Дискуссии относительно роли и места правового прецедента среди прочих источников права продолжают среди украинских и зарубежных ученых. Значительный вклад в исследование данного вопроса сделали Ж.-Л. Бертель, Д. Ллойд, Р. Уолкер, И. Ю. Богдановская, Е. Н. Трубецкой, О. Л. Жидков, Н. Н. Онищенко, Т. И. Бондарук, М. Д. Ходаковского, Н. Н. Пархоменко и другие. Исследованию юридической силы правового прецедента как источника права в странах религиозной правовой семьи посвящены работы Р. Давида, К. Цвайгерта,

Х. Кетц, Л. Р. Сюкийнен и других, однако дискуссионный характер данного вопроса, а также динамика правовых систем обуславливают потребность исследования этого вопроса.

Актуальность темы исследования. Темпы международных, политических, культурных контактов разных стран способствуют активной ассимиляции правовых систем, изменению юридической силы разных источников права внутри одной правовой семьи. Именно поэтому, исследуя различные правовые семьи, необходимо обращать внимание на их динамику,



рассматривать отдельные религиозные системы, например, мусульманское право как правовую семью, поскольку в ее состав не входят другие правовые системы. Поэтому необходимо согласиться с учеными, которые отмечают, что религиозная правовая семья объединяет четыре правовые системы, а именно: системы мусульманского, иудейского, иудейского и канонического права [4, с. 194].

Характерными чертами религиозных правовых систем Д. В. Лукьянов выделяет: неразрывную связь с религией; рассмотрение права как результата божественного открытия, а не как следствие рациональной деятельности личности и государства; персональный характер действия права, признание социальной ценности права и отказ от принципа формального равенства прав человека [4, с. 195].

Современная юридическая наука не содержит унифицированного определения мусульманского права. Акцентируя внимание на его характерных чертах, компаративисты приводят различные определения. Так, Л. Р. Сюкиййнен трактует мусульманское право как систему действующих юридических норм, поддерживаемых государством и выражающих интересы господствующих социально-политических сил [5, с. 5]. В свою очередь К. Цвайгерт и Х. Кетц определили его иначе: «Исламское право (шариат) представляет собой совокупность норм или правил, полученных из божественного открытия, которыми обязан руководствоваться верующий мусульманин, если он хочет правильно исполнять свой религиозный долг» [3, с. 447]. В энциклопедическом справочнике «Правовые системы стран мира» мусульманское право формулируется как одна из основных правовых систем (правовых семей) современности, как комплекс социальных норм, фундаментом и главной составной частью которого являются религиозные установления и предписания ислама, а также органически связанные с ними и проникнутые религиозным духом моральные и юридические нормы [6, с. 831]. Украинский ученый Д. В. Лукьянов определяет мусульманское право как религиозно-правовую систему, регуливающую общественные

отношения внутри общины, исповедующей ислам [4, с. 196].

Переходя к рассмотрению прецедента как источника мусульманского права, необходимо отметить, что существенно отличаются взгляды ученых в мусульманских странах по определению элементного состава правовой системы (по сравнению с мнениями ученых англо-американской и романо-германской правовых семей) [7, с. 38]. Несмотря на интенсивное развитие капиталистических производственных отношений и рост общеобразовательного уровня, во многих странах мусульманского мира основой права остается религия, и прежде всего четыре основных источника: Коран, Сунна, Иджма, Кияс. В теории права этих стран понятие «правовая система» фактически отсутствует, оно отождествляется с правом, которое развивается в рамках, определяемых религией [8].

Одним из характерных признаков мусульманского права является его архаичный, казуальный и формальный характер. Мусульманское право сформировалось в период средневековья в VII-X веках и рассматривается как результат божественного откровения, в результате чего оно не опирается на авторитет любого земного создателя права. Именно поэтому мусульманское право, как право божественное, является, в принципе, неизменным. В западных правовых системах общепризнанно, что содержание права меняется, поскольку законодатель, судьи и все другие силы общества, участвующих в процессе правотворчества, приспособливают его к меняющимся потребностям общества. Ислам исходит из постулата о богоданном характере всего сущего права, которое Аллах открыл людям через Пророка Мухаммеда. Поэтому исламская юриспруденция не знает исторического подхода к праву, в связи с чем право не адаптируется к существующим в обществе отношениям. Более того, право даровано человеку Аллахом раз и навсегда. Общество приспособляется к праву, а не порождает его, с целью использования в качестве инструмента для решения новых жизненных проблем, которые ежедневно возникают. Кроме того, форме изложения многих

норм мусульманского права присуща казуальность, то есть они рассчитаны на регулирование отдельных случаев и не охватывают своим действием группы однородных общественных отношений, как это делает абстрактная норма в романо-германском праве. Эта характеристика права объясняется спецификой источников, главные из которых, Коран и Сунна, являются сборниками разрозненных высказываний и поступков пророка Мухаммеда [4, с. 203].

В современном мусульманском праве решающее значение придается единой согласованной мысли ученых, поскольку в конечном итоге она определяет, какую норму Корана или Сунны конкретно или по аналогии следует применить как действующее право. Непосредственно к Корану или Суннам могут обращаться лишь отдельные наиболее известные ученые. Более того, как указывает Л. Р. Сюкиййнен, именно в форме доктрины была создана большая часть действующего мусульманского права [5, с. 69].

Ученые отмечают, что ни обычаи, ни судебная практика не признаются официально источниками права. Судебная практика никогда не связывает действия судьи (кади). Его решения, многочисленны и разнообразны, никогда не рассматривались мусульманскими юристами в качестве источника права, потому что это только суждения морального плана, которые могут подвергнуться всевозможным просмотрам с целью улучшения. Формально, мусульманские юристы не считают источником права и обычаи, но иногда используют его для дополнения или уточнения применяемого принципа права или правовой нормы. Обычаи, соответствующие догмам мусульманского права, фактически расширяют сферу его действия и дополняют его [4, с. 204].

Кроме того, ученые отмечают, что решение судей и других органов государственной власти во многом ориентируются на взаимосвязь нормы права с религиозным правосознанием населения, что обеспечивает правомерность поведения и во многих случаях избавляет от необходимости применения принудительных мер воздействия. Правовое решение, как и норма пра-



ва, воспринимается верующими как выражение справедливого и необходимого, а его ориентация на шариат придает ему легитимность на уровне с мусульманским правом [1, с. 319].

Необходимо отметить, что правовое мышление исламских юристов, сформированное под влиянием общей культуры ислама, обуславливает собственное (специфическое) понимание права как социального явления. В связи с этим В. И. Лубской и В. Д. Борис отмечают, что в странах англосаксонской правовой семьи право в массовом сознании ассоциируется с правом в субъективном смысле, с правами и свободами, которые могут быть защищены судом; для стран континентальной (романо-германской) системы, право созвучно понятию «закон»; в то время как для мусульманской правовой системы право, в формальном смысле, понимается как мнение основателей крупных правовых школ и их последователей, как сотни «правовых книг», в которых доктринально изложены основные юридические принципы и решения конкретных дел. В духовном аспекте право – это универсальное религиозно-правовое учение, показатель оценки любого поступка [9, с. 105].

Интересная ситуация о признании юридической силы правового прецедента сложилась в индуистском праве, которое является составной частью индуизма - религии, представляет собой комплекс разнообразных религиозных, философских и социальных взглядов.

Отметим, что самая большая община приверженцев индуизма (около 1 млрд.) проживает в Индии, где они составляют около 83 процентов населения. Как религиозные меньшинства они представлены в Палестине, Бирме, Сингапуре, Малайзии, Танзании, Уганде и Кении. В судебной практике Индии сложилось правило, согласно которому индуистское право действует в отношении лиц, исходя из двух критериев - рождение в семье индуистов или принадлежность к религии. Оно не распространяется на лиц, перешедших в веру, несовместимую с индуизмом [4, с. 209].

Классическое индуистское право не признавало правового прецедента как

источника права, однако, например, в Индии, такая ситуация в корне изменилась с началом господства Англии (XVII и XVIII вв.), что значительно повлияло на развитие индуистского права. Р. Давид отмечает, что это влияние имело двойной характер. Прежде всего, необходимо отметить его положительное воздействие, связанное с официальным признанием авторитета индуистского права (в отличие от периода мусульманского владычества), т. е. англичане признали равное значение мусульманского и индуистского права, а английским судам было предоставлено право рассматривать на их основе все споры, при условии, что они не касались интересов англичан. Однако, с другой стороны, английское господство имело и отрицательное влияние на индуистское право, поскольку повлекло его глубокую трансформацию. Следствием этого влияния было ограничение действия индуистского права лишь регламентацией узкого круга общественных отношений, тогда как важнейшие сферы общественной жизни подпали под действие нового территориального права, применявшегося ко всем гражданам Индии независимо от их религиозной принадлежности [2, с. 335].

Как справедливо отмечают К. Цвайгерт и Х. Кетц, применение индуистского права английскими судами привело к его «коррозии» [3, с. 467]. Устаревшие нормы, регулирующие право собственности, были вытеснены общим правом. И, наоборот, в области семейного и наследственного права действовал принцип, согласно которому все дела, касающиеся наследства, браков, каст, других религиозных обычаев или институтов, решались в соответствии с нормами индуистского права.

Со временем английские судьи получили необходимый опыт в специфике правоприменения индуистского права, кроме того, появилось больше переведенных на английский язык юридических книг, а самое главное – количество судебных решений достигло уровня, необходимого для того, чтобы судьи смогли применять их как прецеденты. Таким образом, в результате деятельности судов индуистское право в период британского колониального правления стало отличаться от перво-

начального нормативного содержания дхармашастр. Это объясняется, с одной стороны, отсутствием литературы по классическому индуистскому праву, т. к. судьям была доступна только незначительная часть, переведенная на английский язык, а это привело к тому, что они могли опираться только на эти работы, хотя было много других источников. А с другой стороны, судьи часто заполняли пробелы и неясности в традиционных текстах, используя, как правило, принципы общего права и создавая при этом, по сути, самостоятельные юридические нормы. В судебной практике место классического индуистского права постепенно заняло так называемое англо-индуистское право, у которого вскоре уже не было необходимости опираться непосредственно на традиционные источники писаного права. Таким образом, право приобрело прецедентный характер и начало широко применяться индийскими судами [3, с. 467, 468, 202].

В течение второй половины XX века правовая система Индии развивалась, опираясь одновременно на ценности традиционного индуистского и адаптированного общего права, а также широко используя позитивный опыт других правовых систем. При этом влияние английской правовой культуры оставалось преобладающим, именно поэтому закон и судебный прецедент приобретают статус основных источников права современной Индии. При этом необходимо отметить, что в современной Индии законодательство и решения судов должны соответствовать Конституции. В свою очередь, контроль за конституционностью законов осуществляет Верховный суд, а важнейшим источником индийского национального права является судебный прецедент. Конституция Индии (ст. 141) установила, что суды страны должны действовать согласно с прецедентом, созданным Верховным судом. Решение Высокого суда штата обязательны для всех нижестоящих судов соответствующего штата. Высокий суд, в отличие от Верховного суда, связан собственными решениями, тогда как решение Высокого суда одного штата необязательны для Высокого суда другого [4, с. 216].

Итак, хотя правовые прецеденты



(судебная практика) и законы официально не признавались источниками индусского права, однако, как справедливо отмечает украинский ученый Д. В. Лукьянов, они рассматривались как оправданное для управления явление, имеющее временный характер, и поэтому не могли содержать норм права, поскольку нормы права должны иметь постоянный характер. Таким образом, источником классического индусского права доколониального периода были в основном работы богословов и правоведов, отражали также существующие в обществе обычаи [4, с. 216].

Нельзя обойти вниманием правовой прецедент в иудейском (еврейском) праве, которое на сегодняшний день, как отмечают ученые, рассматривается как одна из подсистем израильского права. Однако, еврейское право и право Израиля – это разные правовые системы. Имея смешанный характер, правовая система Израиля сочетает в себе черты почти всех правовых семей (романо-германской, англо-саксонской и религиозной). Это объясняется тем, что территория современного Израиля на протяжении веков переходила от разных стран друг к другу, а именно, была провинцией Турции (1517-1917). Закономерно, что в этот период применялось мусульманское право. Затем, вследствие экспансии Великобритании (1918-1947), которая правила там согласно мандата Лиги Наций, широко применялось (и даже навязывалось) общее право и право справедливости.

Решение еврейских судов всегда признавались отдельным источником иудейского права. Формированию этого источника способствовало наличие судебной автономии еврейских общин, которую они во многих странах имели. На протяжении веков суды решали самые важные проблемы, возникавшие повседневно в практической жизни общества, используя все источники иудейского права (законы, подзаконные акты, судебные прецеденты и правовые обычаи) [4, с. 227-228]. Необходимо отметить, что постепенно сложился принцип, согласно которому суды имели право принимать решения, отличавшиеся от тех, которые были предусмотрены в других источниках права, если считали, что его

буквальное применение будет нарушением справедливости. Таким образом, благодаря деятельности еврейских судов в течение веков менялись нормы иудейского права.

Однако, влияние английского права не прошло бесследно, и проявилось в признании судебного прецедента полноправным источником израильского права. Сейчас суды Израиля ориентируются больше не на английскую, а на американскую судебную практику. Кроме того, согласно действующему израильскому законодательству, суд обязан руководствоваться судебным прецедентом, установленным высшим судом. Прецедент, установленный Верховным судом, является обязательным для всех судов, кроме него самого. Вследствие этого в Израиле сложился особый свод прецедентного права на базе решений Верховного суда. Сборники различных судебных решений составляют часть юридической литературы. Примером такого сборника является сборник «Вопросы и ответы». Он содержит судебные решения по всевозможным жизненным проблемам, которые решали выдающиеся еврейские правоведы, жившие в разных странах во все времена. В рамках этого сборника исследователи насчитывают почти триста тысяч таких решений [10, с. 947].

Выводы. Проанализировав юридическую силу прецедента в странах религиозной правовой семьи, можно сделать вывод, что в последнее время все чаще отмечается сближение правовых систем, в том числе и за счет повышения значения прецедента в странах, преемствующих право англо-американской правовой семьи, а также в связи со своего рода взаимодействием или взаимопроникновением различных элементов юридической техники, присущих этим системам. Вместе с тем рост роли статутного права в странах англо-американской правовой системы, объясняется потребностями развития и усложнения различных аспектов общественных отношений. Таким образом, очевидно, что причины изменения соотношения различных источников права в рамках одной правовой системы оцениваются по-разному: если в отношении прецедента ведущая роль принадлежит влия-

нию каких-либо внешних факторов, то по отношению к статутному праву можно выделить определенные внутренние особенности развития правовых систем.

Динамичное развитие источников права наблюдается и в религиозной правовой семье, которая объединяет четыре правовые системы, а именно: системы мусульманского, индусского, иудейского и канонического права. При этом необходимо отметить, что нельзя также рассматривать отдельные религиозные системы, например, мусульманское право, как правовые семьи, поскольку в их состав не входят другие правовые системы.

Характеризуя правовые системы государств, которые входят в семью стран религиозного права, можно выделить такие отличительные особенности как: неразрывная связь с религией; рассмотрение права как результата божественного открытия, а не как следствие рациональной деятельности личности и государства; персональный характер действия права; признание социальной ценности права и отказ принципа формального равенства прав человека.

Кроме того, необходимо различать понятия «мусульманское право» и «право мусульманских государств». В мусульманских государствах применяется как собственно мусульманское право (Коран, Сунна, Иджма и Кийас), так и светское право этих государств (нормативные акты, обычаи, прецеденты). Таким образом, в пределах одного государства могут сосуществовать несколько систем права.

Правовые системы государств, принадлежащих к религиозному типу, не имеют однозначного отношения к правовому прецеденту. Это обусловлено влиянием ряда факторов, среди которых уникальность исторического пути страны, культура, урбанистические процессы и тенденции и т. д. В результате чего сформировалась специфическая систем источников права.

Кроме того, многие государства религиозного типа развивались, испытывая агрессивное воздействие соседей или других стран, которые реализовывая свою экспансивную политику, навязывали им свою систему права, как это произошло в Индии. Также



следует отметить, что государство, проводя свою правовую политику, не может не учитывать особенностей исторического опыта, приобретённого тем или иным регионом. В результате чего происходит взаимопроникновение правовых систем, путем рецепции новых для колониального государства институтов, например, правового прецедента в случае, когда речь идет о колонии Англии.

Список использованной литературы:

1. Порівняльне правознавство (теоретико-правове дослідження) : монографія / За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К. : «Видавництво «Фенікс», 2007. – 430 с.
2. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с франц. – М. : Междунар. отношения, 1996. – 399 с.
3. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: Пер. с нем. – В 2 т. – М. : Междунар. отношения, 2000. – Т. 1: Основы. – 480 с.
4. Порівняльне правознавство: підручник / С. П. Погребняк, Д. В. Лук'янов, І. О. Біля-Сабадаш та ін; за ред. О. В. Петришина. – Х. : Право, 2012. – 272 с
5. Сюкияйнен Л. Р. Мусульманское право. Вопросы теории и практики. – М. : Наука. – 1986. – 256 с.
6. Правовые системы стран мира : энциклопедический справочник / Отв. ред. А. Я. Сухарев. – 2-е изд. – М. : Норма- Инфра-М, 2001. – 840 с.
7. Оніщенко Н. М. Принцип верховенства права: теоретичні засади та практичний вимір : матеріали міжнародної конференції «Верховенство права: питання теорії і практики». – Київ, 5–6 грудня 2005 р.
8. The Effect of Islamic Legislation of Crime Prevention in Saudi Arabia. – Rome, 1980. – 600 p.
9. Лубський В. І., Борис В. Д. Мусульманське право : навч. посіб. – К. : Вілбор, 1997. – 256 с.
10. Марченко М. Н. Курс сравнительного правоведения. – М. : ООО «Городец-издат», 2002. – 1068 с.