

1//938522(039)

Д. Ю. Полдников

Сравнительная история зарубежного права

Учебник

Том I

Правовые традиции
Древности и Средневековья

Издательство
НОРМА



Оглавление

Принятые сокращения	7
Предисловие	8
Введение. Нарратив истории права	12
Глава 1. Древнейшие правовые традиции Ближнего Востока: истоки писаного права	34
§ 1. Общество и социальные институты	35
§ 2. Основы правовой традиции	49
§ 3. Сферы регулирования	62
Выводы	83
Глава 2. Индусская религиозно-правовая традиция Южной Азии: каждому — своя дхарма	87
§ 1. Общество и социальные институты	88
§ 2. Основы правовой традиции	103
§ 3. Сферы регулирования	117
Выводы	136
Глава 3. Правовая традиция Китая: между конфуцианством и легизмом	141
§ 1. Общество и социальные институты	142
§ 2. Основы правовой традиции	165
§ 3. Сферы регулирования	179
Выводы	197
Глава 4. Правовая традиция арабо-мусульманской цивилизации: толкование последнего Откровения	202
§ 1. Общество и социальные институты	202
§ 2. Основы правовой традиции	220
§ 3. Сферы регулирования	238
Выводы	258

Глава 5. Правовые традиции античной цивилизации: между судебной риторикой и юриспруденцией	263
§ 1. Общество и социальные институты	264
§ 2. Основы правовой традиции	280
§ 3. Сферы регулирования	295
Выводы	330
Глава 6. Правовая традиция христианской Римской империи	338
§ 1. Общество и социальные институты	338
§ 2. Основы правовой традиции	348
§ 3. Сферы регулирования	365
Выводы	380
Глава 7. Становление правовой традиции Западной Европы: между партикуляризмом обычаев и единством доктрины	388
§ 1. Общество и социальные институты	389
§ 2. Основы правовой традиции	410
§ 3. Сферы регулирования	433
Выводы	463
Глава 8. Становление правовой традиции английского общего права: примат судебных процедур	468
§ 1. Общество и социальные институты	468
§ 2. Основы правовой традиции	482
§ 3. Сферы регулирования	494
Выводы	522
Библиография	527

Предисловие

Более 200 лет назад в манифесте немецкой исторической школы «О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции» (1814 г.) профессор Ф. фон Савиньи утверждал: «Пока мы не осознаем нашу индивидуальную связь с великим Целым всего мира и его историей, мы вынуждены будем видеть наши идеи в искаженном свете всеобщности и изначальности. От этого защищает только историческое понимание, применение которого в отношении нас самих есть самая трудная задача». Исследователи XX и XXI вв. лишь подтвердили зависимость права от прошлого («эффект колеи») в самых разных правопорядках мира. Многолетнее исследование культурных установок в более чем 100 странах мира под руководством Р. Инглхарта с начала 1980-х гг. показало, что традиционные ценности в культуре формируются и сохраняют значение в течение долгого времени, даже возрождаются в условиях нестабильности, утраты определенности, крушения более современной идеологии и картины мира [см.: *Инглхарт*. 2018].

Современное правоведение включает широкий спектр дисциплин и методов изучения ценностных установок, многообразие права и «эффект колеи». Однако история права была и остается ведущей фундаментальной дисциплиной, которая позволяет последовательно описать и объяснить развитие правовых явлений прошлого в их контексте, показать своеобразие по сравнению с современным правом, а также изучать правовое многообразие в отдаленном и недавнем прошлом.

Всеобщая история права, по мнению многих историков права и компаративистов, становится пространством, в котором раскрываются смысл права, его истоки (берет ли оно свое начало в обычаях примитивных народов или в писаных актах первых цивилизаций) и пределы (тождественно ли право закону, воле правителя, возможно ли неправое право, может ли оно существовать без публичной власти, законодателя и правоведов), различные исторические типы права и связанные с ними представления законодателя, судей и правоведов о критериях справедливого, формах (источниках), приемах их толкова-

ния и применения при разрешении наиболее острых социальных конфликтов.

Основная цель настоящего учебника состоит в том, чтобы на примере великих цивилизаций Востока и Запада (от древности до XX в.) сформировать у студентов представление о многообразии исторических типов права, о специфике их парадигмы и ее влиянии на методы решения социальных конфликтов, а также о факторах становления, сохранения, изменения права в историческом пространстве, познакомить студента с главными достижениями и потенциалом науки истории права, способной последовательно описывать (реконструировать) правовые явления прошлого, объяснять причины их появления и изменения, а также оценивать их значимость для правового регулирования.

Показать правовое многообразие прошлого в рамках одного учебного курса весьма непросто, но возможно благодаря изложению истории права зарубежных стран как сравнения правовых традиций. Это перспективное направление в правовой науке и юридическом образовании логически следует из интеграции научного знания в разностороннем познании права (прежде всего истории со сравнительным правоведением, теорией права и юридической антропологией).

Общепризнанного определения правовой традиции (от лат. *traditio* — передача) до сих пор не существует. В данном учебнике учтены два разных ее значения — содержательное и методологическое. В первом значении традиция является основным предметом изучения истории права, представляя собой комплекс исторически обусловленных устойчивых взглядов на право, которые определяют его роль в организации общества, его правовой системы, и при этом передаются в качестве нормативно-правовой информации от одного поколения к другому в рамках той или иной культуры или цивилизации.

Во втором значении правовая традиция выступает аналитической моделью, которая позволяет зафиксировать правовые явления функционально, учитывая их воздействие на общество, и структурировать доступные современной науке сведения:

1) о «создателях» и «пользователях» права (т. е. об обществе в целом, о его социальных группах, институтах власти и органах правосудия);

2) о разделяемых ими основах правовой парадигмы (включая тип правопонимания, формы права, приемы их толкования и применения);

3) о характерных для данной традиции институтах права (публичное, частное, уголовное, процессуальное право).

Общая структура описания правовых традиций не только облегчает сравнение, но и является компромиссом между обособленным исследованием права разных цивилизаций как уникальных «черных ящиков» (так право исследуют в рамках цивилизационного подхода) и тщетными попытками (сторонников идеи естественного права или марксизма) раскрыть универсальное содержание права для всех народов и на все времена.

Другим ключевым приемом изложения курса является выделение исторических идеальных типов (по М. Веберу). Это позволило организовать нарратив о весьма различных правовых традициях народов Евразии от древности до XX в. по критерию доминирующих представлений о роли права в жизни общества. Правовые традиции аграрных обществ рассматриваются с позиции права как: а) практического средства решения споров (*«право судей»*), б) пути праведной жизни (*«право ученых»*), в) средства управления обществом по воле правителя (*«право правителя»*). В индустриальных обществах правовые традиции первых двух типов способствовали становлению доктрин *верховенства права* и *правового государства*, определивших значение и ценность права во многих современных правовых системах.

Указанные цель и методология учебника позволили ограничить *предмет изучения* крупными правовыми традициями. Отраженный в них опыт дает представление о диапазоне исторических типов права (судей, ученых, правителей), о тенденциях и условиях их развития от архаических форм к более сложным, о широких возможностях их обновления и рецепции при смене общественных укладов (в рамках аграрных обществ и при переходе к обществам индустриальным), а также об истоках стиля ведущих правовых систем современного мира.

Структурно материал учебника разделен на два тома. Том I содержит общее введение и главы, посвященные ведущим правовым традициям аграрных обществ Евразии. Введение представляет читателю теоретическую основу нарратива, т. е. объясняющего повествования об истории права, и призвано показать, что история права — не калейдоскоп данных о правовых явлениях прошлого, но целостное их описание, объяснение и оценка с определенной научной позиции. Главы тома I посвящены наиболее крупным правовым традициям аграрных (доиндустриальных) обществ Евразии, объединенных ретроспективным взглядом на право (идеал права и его ценности — в прошлом), консервативным отношением к правовому регулированию,

устойчивыми «традиционными» ценностями, гарантирующими выживание в условиях низкой производительности труда (религия, семья, дети, трудолюбие). Из многообразия правовых традиций народов древней и средневековой Евразии выбраны те, что позволяют осмыслить исторические типы права. К «праву судей» близка традиция народов древней Месопотамии, республиканского Рима и средневековой Англии. «Право ученых» иллюстрируют порядки сообществ Индии, исламского Ближнего Востока и Западной Европы. Наконец, «право правителя» нашло наиболее полное выражение в административно-уголовном законодательстве императорского Китая. Перечисленные традиции не подвергались принципиальным изменениям вплоть до становления индустриальных обществ, сначала в ведущих державах Западной Европы и Северной Америки, а затем и в странах Востока в XIX—XX вв., о чем речь пойдет в томе II учебника.

В одном из своих романов Т. Манн назвал прошлое «колодецем глубины несказанной», вернее, просто бездонным. При подготовке настоящего учебника автору приходилось постоянно учитывать возможности студентов и отведенное время на изучение курса истории права. Остается надеяться, что написанного достаточно, чтобы помочь студентам осознать смысл историко-правового подхода к изучению многообразия правовых традиций. Тем, кому учебник покажется слишком объемным, напомним арабскую пословицу: «Ни один сосуд не вмещает больше своего объема, кроме сосуда знаний, — он постоянно расширяется».

Введение. Нарратив истории права

Традиция — не сохранение пепла,
но передача огня!

*Г. Малер (1860—1911),
австрийский композитор*

Историческая обусловленность права

Для большинства юристов в России правоведение остается их профессией, ориентированной на решение практических задач в рамках национальной юрисдикции. При этом обращение к истории отечественного и тем более зарубежного права может показаться излишним. Современное информационное общество и создаваемое для него нормативно-правовое регулирование настолько быстро меняются под влиянием цифровых технологий, что искусственный интеллект вот-вот положит конец старому регулированию и этот «аналоговый» опыт выйдет из обращения подобно компакт-дискам, дискетам и перфокартам.

С такой позиции история права является скорее помехой. Знание о правовых идеях и решениях прошлого требует немало времени на изучение. Зарубежная история не имеет нормативного значения для принятия решений, а «связанность» собственной традицией ограничивает создание актуальных моделей регулирования, вынуждает искать обходные пути, маскировать истинные основания решений. История никогда не повторяется, а значит, не ясно, почему прошлое во многом определяет настоящее и будущее. Наконец, в недалеком будущем глобализация и цифровые технологии могут вовсе стереть различия между юрисдикциями. Однако правовая карта мира в первой четверти XXI в. остается такой же «пестрой», как и в момент окончания холодной войны и широкого распространения либерально-демократических ценностей евроатлантической цивилизации. С подачи Р. Давида компаративисты нередко описывают ее с помощью образа правовых семей: все члены семьи связаны одним происхождением, в чем-то похожи и не похожи друг на друга (схема 1).

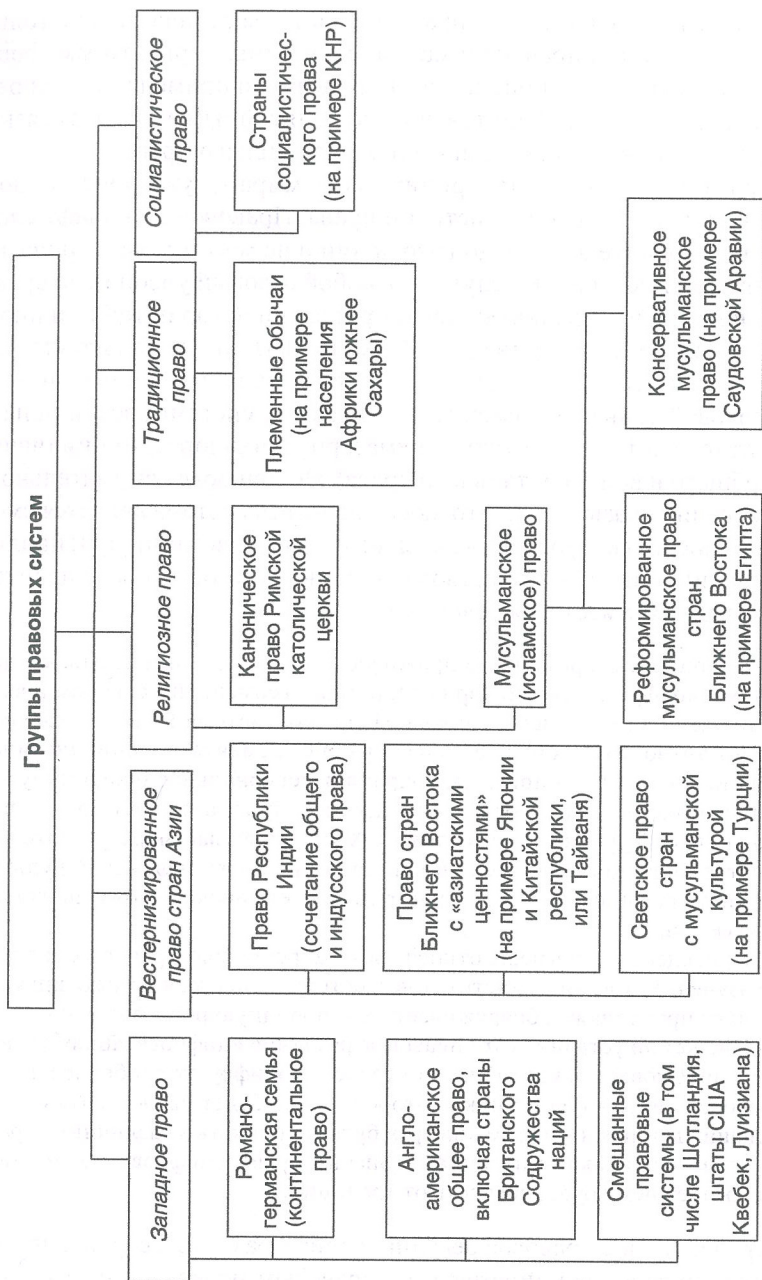


Схема 1. Современные правовые системы, основанные на традициях, рассмотренных в учебнике

Перечисленные на схеме 1 правовые системы отличаются не только по разным типам правопонимания, ценностным ориентирам, формам права, подходам и приемам их толкования и применения при решении социальных конфликтов, но и по понятийным аппаратам, языку, отдельным институтам и правилам позитивного права.

Сам факт многообразия юридического мира — уже достаточное основание для обращения к истории права. Правовой ландшафт сложился в результате длительной эволюции и не может рассматриваться в отрыве от истории. Не случайно любой базовый учебник по сравнительному правоведению включает раздел по истории той или иной правовой системы. В приведенной схеме указаны не только «материнские» юрисдикции, сформировавшие уникальный стиль конкретной правовой семьи, но и смешанные правовые системы, возникшие в результате сочетания институтов «материнских» юрисдикций (чаще всего общего и континентального права). Но при более внимательном рассмотрении оказывается, что любая правовая система является смешанной, поскольку формировалась на основе сочетания оригинальных (традиционных) и заимствованных институтов, а также адаптации последних к местным условиям.

Например, современную правовую систему Японии называют деревом с конфуцианскими корнями, романо-германским стволом и ветвями англо-американского права. Правовая система Индии также сочетает англо-американское общее право с элементами социалистических институтов, но при этом сохраняет персональное право индусов и мусульман, основанное на традициях индуизма и шариата. Правовая система Турецкой Республики в XX в. сложилась в результате искусственного заимствования и пересадки на почву исламской культуры институтов различных стран романо-германской (континентальной) семьи.

Приведенные примеры относятся к макроуровню правовых систем. Но изучение отдельных институтов конституционного, частного или уголовного права также обнаруживает их «гибридную родословную».

Сможет ли устранить эти правовые различия «цифровизация» права? Вряд ли. Скорее искусственный интеллект «оцифрует» особенности той правовой системы, источники которой можно будет представить в виде больших данных. При этом «цифра» будет проникать в различные отрасли права неодинаковыми темпами. Значит, право в цифровую эпоху также по-прежнему будет зависеть от традиций.

Перспективное правовое регулирование в развитых странах не исключает сохранения или возврата к правовым моделям, институтам,

ценностям, сложившимся до становления современных обществ, особенно в периоды крупных кризисов, снижения уровня жизни и опасности, роста популистских настроений в обществе.

Например, объемная Конституция Индии 1949 г. (прежде всего преамбула и ст. 14 о равенстве перед законом) содержит все основные компоненты доктрины верховенства права, сформулированные английским профессором А. В. Дайси в конце XIX в. Однако с 2014 г. правительство премьер-министра Н. Моди проводит политику консервативного национализма (хиндутва) на основе традиционных ценностей индуизма, что ставит под вопрос равную защиту прав национальных и религиозных меньшинств. Равным образом выбор светского пути общественного развития с опорой на европейские и социалистические модели в большинстве стран Ближнего Востока в XX в. не исключил начиная с 1970-х гг. всплесков популярности сторонников исламских ценностей и основанных на них правовых институтов. В Турции возрождение исламизма в 1990-х гг. пока не повлияло на конституционное право. В Египте попытку «братьев-мусульман» при президенте М. Мурси реализовать проект исламизации общественного строя в 2012—2013 гг. пререкли военные.

Таким образом, зависимость права от прошлого («эффект колеи») служит основой исторического толкования всех элементов правовых систем, объяснения их становления и изменения во времени. Полученное таким образом знание создает предпосылки для обоснованной критики не только зарубежного, но и отечественного права. Критический ретроспективный взгляд может вдохновить на обоснованное изменение действующих правовых институтов и методов.

Наконец, изучение всеобщей истории права позволяет глубже понять сам феномен права. Теоретики и философы права разных стран ведут нескончаемый спор о феномене права. По словам В. А. Томсинова, всеобщая история права становится пространством, в котором раскрывается смысл права. Действительно, именно материал первоисточников позволяет показать истоки права (берет ли оно свое начало в обычаях примитивных народов или в писаных актах первых цивилизаций).

Разумеется, потенциал истории зарубежного права выявляется благодаря последовательному, целенаправленному изучению возникновения, изменения, исчезновения и взаимосвязи правовых явлений. Такое изучение возможно только в рамках научной дисциплины с четко определенными целью, предметом и методами.