

ФЕНОМЕН СМЕШАННЫХ ПРАВОВЫХ СИСТЕМ КАК ПРИМЕР СБЛИЖЕНИЯ ПРАВОВЫХ КУЛЬТУР

А.С. Даниелян

Рассмотрены некоторые вопросы, связанные с проблемами осмысления феномена смешанности правовых систем. Целью исследования является рассмотрение перспектив развития правовых гибридов как теоретической, так научно-практической единицы. Дается краткий экскурс зарождения смешанных правовых систем как объекта сравнительно-правового исследования. Автором приводятся различные подходы к пониманию «смешанности» правовых систем, а также анализируются мнения ученых, касаемо сущности таких систем, их составных элементов, а также критериев классификации правовых систем как смешанных. На основе проведенного исследования автором предлагается выделить ряд основных положений, требующих особого внимания и анализа при дальнейшей разработке данной проблематики в рамках сравнительно-правовой доктрины.

Ключевые слова: смешанные правовые системы, смешанная юрисдикция, правовой плюрализм, правовые традиции, классификация правовых систем.

Понятие «смешанная правовая система» прочно укоренилось в научном сознании в период 1960-х годов, во многом благодаря восприятию правового мира, представленному французским правоведом Рене Давидом [1]. Однако проблемы смешения и соединения правовых традиций занимали умы ученых еще задолго до определения, данного французским ученым. Так, уже в 1899 году, за год до Всемирного конгресса в Париже, возвестившего рассвет сравнительного правоведения как современной дисциплины, Ф.П. Уолтон из Университета Макгилла отметил, что правовые системы Шотландии, Луизианы и Квебека являются вызовом классификации, находясь в «промежуточном положении» между общим и континентальным правом [2, с. 282, 291].

Р. Давид не создал раздел, именуемый «смешанная правовая система». Он скорее описал существования юрисдикций, которые случайным образом порождались благодаря ситуациям смешения между двумя западными правовыми традициями, а также употреблял термин «смешанная» с отсылкой на западное и вне западное смешение [1, с. 30]. Подобное использование термина «гибридная правовая система» было осуществлено К. Цвайгертом и Х. Кётцем для обозначения юрисдикций, не попадающих строго ни в одну из обозначенных ими групп [3, с. 116]. Так, благодаря изысканиям Р. Давида, К. Цвайгерта и Х. Кётца обыденное обозначение трансформировалось в самостоятельный объект научного исследования.

Тем не менее, обстоятельства, окружающие рождение смешанных систем, не могут быть описаны как особо удачные. Во-первых, господствующей на тот момент являлась идея правового национализма [4, с. 576]. Во-вторых, смешанные системы, как правило, не формировались путем свободного, автономного выбора из континентального и общего права. Практически все они

были «детьми» колониализма, а точнее, последовательными волнами колонизации державами, регулирующими континентальное и общее право. Кроме того, колониальная экспансия также привела к подавлению и даже фактическому стиранию обычного права коренных народов [5, с. 7-8]. В местах, где обычное право продолжало действовать, его необходимо было привести в соответствие с западным правом и не рассматривать как характерную особенность правового ландшафта.

В настоящий период под «смешанными» в большинстве случаев подразумеваются системы, находившиеся под влиянием множества других систем [6, с. 480]. Профессор У. Тетли определяет смешанную правовую систему как «ту, в которой действующее право выведено более чем из одной правовой традиции или семьи», а под термином «смешанная юрисдикция» понимается страна или административно-территориальная единица страны, в которой преобладает смешанная правовая система [7, с. 597]. М. Мило и Дж. Смитс заявляют, что прилагательное «смешанное» может иметь разное значение, к примеру: «сочетание различных правовых источников», «сочетание больше чем одного кодифицированного акта в пределах страны, которые действуют в пределах определенной области или культуры», а также «сочетание различных действующих кодифицированных актов, применимых в пределах всего государства» [8, с. 421]. В свою очередь, профессор Университета Глазго Е. Орюджю сравнивает процесс «смещения», пользуясь гастрономической терминологией, с «полуфабрикатом», где результат до конца неизвестен, пока пирог полностью не приготовлен, а вероятность порчи сохраняется до последнего момента [9].

До тех пор, пока эти системы приобретут свойства, которые сблизят их с одной или другой семьей, они остаются в классификационной неопределенности. Однако, как заметил К. Рид, в местах, где системы обладают политической автономией и развитой правовой доктриной, они могут добиться определенного «баланса», что свидетельствует об отсутствии причин полагать, что они обязательно последуют в направлении какой-либо систем, их сформировавшей [10, с. 486]. Учитывая, что смешанные системы могут оставаться частью правового ландшафта в течение долгого периода времени, они должны рассматриваться не как отклонения от нормы или несоответствие ей, а как основания по-новому взглянуть на критерии, используемые для определения различных групп, а также необходимость для пересмотра групп, полученных на основании этих критериев.

Это приводит нас к следующему подходу. Так, по мнению Е. Орюджю, существующие классификации правовых систем в правовые семьи больше не выдерживают критики, отчасти из-за их неспособности справиться должным образом со смешанными системами. Ее средством от этой проблемы является отказ от данной классификации правовых семей в пользу нового «семейного древа», которое принимает в качестве отправной точки, что все правовые системы рассматриваются как смешанные и заимствованные в различной степени. Эти системы должны быть перегруппированы в соответствии с

преобладающими «источниками составных частей», из которых они сформированы [11, с. 362-363]. Смешанные или гибридные системы, следовательно, больше не являются исключением, как это было в вышеизложенном подходе, а являются правилом. Исходя из этого, можно сделать вывод, что Е. Орюдью не требует признания отдельной новой правовой семьи с названием «смешанная юрисдикция» в одном ряду с семьями континентального права и общего права. Любое такое понятие логично отклонено на основании того, что не все «смеси» могут быть объединены вместе, и не все имеющиеся члены такой семьи обладали бы едиными или сходными компонентами [11, с. 367]. Дело в том, что все системы смешаны; меняется только природа смешивания.

Преимущество такого понимания в том, что оно не страдает от жесткости некоторых современных подходов к правовым семьям, которые замалчивают или даже отрицают сложное происхождение систем при помещении их в конкретную правовую семью. При этом сложность заключается в определении механизма действия данного подхода, с учетом которого все правовые системы подвергаются перестройке и локализации на т.н. «семейное древо» в соответствии с критериями родства и составных частей. Потенциально, серьезный недостаток состоит в том, что в результате «семейные древа» могут быть настолько сложны и разнообразны, что их полезность в качестве инструментов классификации, может быть серьезно подорвана [12, с. 11-12].

Это подводит нас к третьему подходу. Суть его заключается в том, что нельзя игнорировать тот факт, что некоторым системам трудно находится в рамках установленных правовых семей, без разработки совершенно новых критериев классификации, основанных на том, что все системы являются смешанными. В ответ стоит признать, что наличие широкого смешивания, является отличительной чертой определенных систем, которые по праву заслужили считаться отдельной правовой семьей. Сфера охвата новой категории, зависит от точности определения критериев семей, из которых проводится определенное смешивание: чем определений критерии, тем больше количество систем, подпадающих под понятие «смешанные системы». Это иллюстрирует исследование, проведенное на юридическом факультете Университета Оттавы, который охарактеризовал почти половину правовых систем мира, как «смешанные» [13]. Сложностью такого большого классифицирования, однако, является то, что системы группируются исключительно по структуре смешивания и не соответствуют ни одному из других известных критериев классификации, таких как общее историческое развитие или специфика вынесения судебного решения и правовых учений. Отсутствие общего ядра, в свою очередь означает, что классификация не приведет к результатам, преследуемым при ее составлении. Тем не менее, эта проблема не означает, что сама классификация должна быть отброшена. Это в некоторой степени можно преодолеть, признавая определенные подгруппы смешанных систем, основанные в соответствии с конкретными семьями,

которые повлияли на них. Исследованием ученых, например, были определены следующие десять подгрупп смешанных правовых систем:

- a) континентальное право и обычное право (26 юрисдикций)
- b) континентальное и общее право (15 юрисдикций)
- c) общее право и обычное право (15 юрисдикций)
- d) континентальное право и мусульманское право (11 юрисдикций)
- e) общее право и мусульманское право (8 юрисдикции)
- f) общее право, мусульманское право, обычное право (6 юрисдикции)
- g) континентальное право, общее право, мусульманское право (5 юрисдикции)
- h) континентальное право, общее право, обычное право (5 юрисдикции)
- i) континентальное право, мусульманское право, обычное право (4 юрисдикции)
- j) континентальное право, общее право и талмудическое право (1 юрисдикция).

Однако, следует быть осторожным даже на этом, более частном уровне, предположив, что подгруппы обязательно разделяют общие черты. Существенные различия могут обнаружиться между представителями семей, которые составляют эти группы. Например, в то время как исследование Оттавы ставит Японию и Свазиленд в группу смешанности континентального права и обычного права (a), их системные составные части существенно разнятся. Схожие выводы могут быть сделаны в отношении Непала и Уганды, которые определены в группу смешанности общего и обычного права (c), или Индии и Гамбии, которые представляются смешением общего, мусульманского и обычного права (f).

Кроме того, заметные различия могут выражаться в степени взаимодействия между соответствующими составными частями подгрупп. В этом отношении различие может быть проведено между юрисдикциями, характеризующимися подлинным смешением некоторых или всех своих составных частей, в противоположность юрисдикциям, характеризующимся «правовым плюрализмом». Последнее понятие, первоначально разработанное социологами и лишь недавно получившие распространение среди юристов, может быть использовано для описания ситуаций, когда различные правовые системы одновременно действуют в рамках одного общества или географической области, но только одна из них применяется для определенных групп или конкретных лиц. Это явление особенно распространено в юрисдикциях, подвергнутых колониальному правлению, где один компонент берет истоки из обычаев или религии, а другой вытекает из континентальной и / или семьи общего права [6, с. 483]. Важная особенность этих юрисдикций состоит в том, что составные части взаимодействовали до такой степени, что обычное право вынуждено было соответствовать колониальному праву. Для данных целей особенно существенно, что две системы, которые содержат сопоставимые смеси гражданского права и общего права могли быть распространены по различным группам, потому что одна группа,

дополнительно, признает местное или религиозное право (этим и характеризуется плюрализм), в то время как другая нет. К примеру, в то время как Луизиану, Шри-Ланку и Зимбабве характеризуют содержанием смешения континентального и общего права, исследователи из Оттавы ставят Луизиану в категорию (b), а Шри-Ланку и Зимбабве, которые в дальнейшем признают местные системы, в категорию (h). Исходя из этого, при работе с классификациями смешанных систем, по верному замечанию Ж. Дю Плесси, важно не упустить из виду важные сходства между ними, в силу того, что это может привести к ошибке в оценке выраженности правового плюрализма [6, с. 483].

Отдельной строкой стоит отметить исследования профессора права Тулейнского университета Вернона Палмера, в которых наиболее полно и скрупулезно нашли свое отражения проблемы смешанных правовых систем в целом, и понятие «смешанности» в частности. Развита им теория смешанных правовых систем попыталась дать «классификационную определенность» термину, использованному Р. Давидом в общепринятом значении разговорной речи, а также указала несколько точных свойств юрисдикций, являющихся частью известной группы «смешанных» правовых систем мира [12, с. 8]. В его работе «смешанные» системы рассматриваются в качестве кандидатов на вхождение в «третью семью», которая включает Шотландию, Луизиану, Филиппины, ЮАР, Израиль и другие. Он находит в перечисленных юрисдикциях общие свойства, придающие им более индивидуальный оттенок, и предлагает использовать термин «смешанные» только для них. Эти общие свойства являются, во-первых, результатом сосуществования традиций континентального права и общего права, вместе со свойственными для них правовыми чертами, которые представлены в системе достаточным количеством; и, во-вторых, историческим наложением основ общего права на существовавший пласт континентального права. Как заметил В. Палмер, в области публичного права такое наложение стало возможным, в частности, благодаря роли, организации и деятельности суда и важности прецедентного права. И наоборот, для регулирования частноправовых вопросов применялось раннее гражданское право. Такое наложение общего права на предыдущий слой континентального права, согласно В. Палмеру, было постоянным элементом во всех смешанных юрисдикциях, тогда как, если верить автору, обратных примеров не наблюдается.

Другим важным свойством смешанных систем, по мнению В. Палмера, является то, что наличие и смешение правовых юрисдикций определяется сквозь призму субъективного восприятия местных юристов [12]. В соответствии с этим, ключевым элементом является мнение или восприятие юристов: если они думают или ощущают, что системы смешаны, значит так оно и есть, или наоборот. По нашему мнению, такой подход порождает тенденциозность классификаций правовых систем в целом, так как подрывает методологические основы научного познания – система является смешанной на основании объективной реальности, а не в зависимости от субъективных

психологических процессов, происходящих в голове конкретного исследователя.

Более проблематичным, однако, является третий признак В. Палмера, который относится к структурному размещению содержимого: частное право смешанных систем, в основном, континентальное, а публичное право, преимущественно, англо-американское. Первые две признака тесно связаны с тем, что оба предполагают существенное смешение элементов континентального и общего права. Хотя, как и с любой классификацией, в ней может быть некоторая неопределенность в отношении того, где именно должна проходить линия, все же совместное использование этих особенностей, по мнению Ж. дю Плесси, может служить ценной основой для группирования систем вместе [6, с. 485]. Такой же критерий, может быть использован, для разграничения между семьями, от которых эти системы являлись производными (например, общая история, методы вынесение судебного решения и т.д.) [6, с. 485]. Тем не менее, не совсем ясно, почему смешанные системы должны отображать признак точного расположения объекта в публичном и частном праве. Как отметил Д. Виссер, ссылаясь на законодательство ЮАР, важные аспекты ее уголовного права имеют по сути континентальную основу, а постапартеидное конституционное право – результат сложного смешения континентального (в частности, немецкого) и общего права. Следовательно, будет надежнее считать такое разграничение публичного и частного права как второстепенную особенность, которая отображается различными системами в разной степени [14, с. 41, 48-50].

В заключении можно сделать ряд выводов, касающихся осмысления проблем «смешанности» правовых систем.

Во-первых, превалирующим в среде ученых является мнения о том, что все правовые системы объективно смешаны. Мир меняется, и право не исключение, а посему для решения вопросов, связанных с сохранением идентичности региональным, национальным и наднациональным правовым системам необходимо перенимать приемы мимикрии.

Во-вторых, отсутствует единообразный подход к пониманию термина смешанные правовые системы. Исходя из этого, во избежание дальнейшего замешательства в сообществе юристов, необходимо внести ясность в основную терминологию и перенять для использования более совершенный метод анализа. В связи с этим предлагаем использовать категорию «смешанная правовая система» в единообразном контексте, вне зависимости от исторических и структурных характеристик систем.

В-третьих, при классификации систем как «смешанных» необходимо руководствоваться рядом критериев, основными из которых являются: происхождения систем и сходность их составных частей.

И в-четвертых, субъективное восприятие местных юристов является важным фактором в привязке правовой системы в качестве смешанности. Однако, считаем не возможным применения данного элемента в качестве решающего при определении системы как смешанной.

Список литературы

1. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. М, 2009.
2. Walton F. P. The Civil Law and the Common Law in Canada // *Juridical Review*. 1899. № 11. P. 282, 291.
3. Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2-х тт. Т. 1. Основы: Пер. с нем. М., 2000.
4. Zimmermann R. Savigny's Legacy: Legal History, Comparative Law, and the Emergence of a European Legal Science // *Law Quarterly Review*. 1996. № 112. P. 576.
5. Reid K. The Idea of Mixed Legal Systems // *Tulane Law Review*. 2003. № 78. P. 7-8.
6. du Plessis J. Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems // *The Oxford Handbook of Comparative Law* / Ed. by Reimann M. and Zimmermann R. Oxford, 2006. P. 480.
7. Tetley W. Mixed Jurisdictions: Common Law vs Civil Law // *Uniform Law Review*. 1999. №4. P. 597.
8. Milo M. and Smits J. Trusts in Mixed Legal Systems: A Challenge to Comparative Trust Law // *European Review of Private Law*. 2000. № 3. P. 421.
9. Örucü E. Public Law in Mixed Legal Systems and Public Law as a «Mixed System» // *Electronic Journal of Comparative Law*. 2001. Vol. 5.2.
10. Reid K. The Civil Law Tradition in Scotland // *Tulane Law Review*. 2003. № 78. P. 486.
11. Örucü E. Family Trees for Legal Systems: Towards a Contemporary Approach // *Epistemology and Methodology of Comparative Law* / Ed. by Mark van Hoecke. Oxford, 2004. P. 362, 363.
12. Palmer Vernon V. *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*. Cambridge, 2001. P. 11–12.
13. URL.: <http://www.droitcivil.uottawa.ca/world-legal-systems/eng-monde.html>
14. Visser D. Cultural Forces in the Making of Mixed Legal Systems // *Tulane Law Review*. 78. 2003. P. 41, 48–50.

Даниелян Армен Сергеевич, аспирант, armen1992@mail.ru, Россия, Краснодар, Кубанский государственный университет

THE PHENOMENON OF MIXED LEGAL SYSTEMS AS AN EXAMPLE OF CONVERGENCE OF LEGAL CULTURES

A. S. Danielyan

Certain issues related to the problems of understanding the phenomenon of mixed legal systems. The aim of this study is to review the prospects for the development of legal hybrids of both theoretical research and practical unit. Gives Xia brief digression origin of mixed legal systems as an object of comparative legal studies. The author lists the various approaches to understanding the "mixed-sti" legal systems, as well as analyzes the opinions of scientists, with regards to the essence of such systems, their components, as well as the criteria for classification as a mixed legal

systems. On the basis of research by the author proposed to allocate a number of wasps main points that require special attention and analysis in the further development of this perspective in comparative legal doctrine.

Keywords: mixed legal system of mixed jurisdiction, legal pluralism, legal traditions, the classification of legal systems.

Danielyan Armen Sergeevich, Postgraduate, armen1992@mail.ru, Russia, Krasnodar, Kuban State University

УДК 343.98

СТАНОВЛЕНИЕ ЛИЧНОСТИ, ЕЕ СВОЙСТВ И ПРИЗНАКОВ КАК ПРЕДМЕТА КРИМИНАЛИСТИЧЕСКОГО ИЗУЧЕНИЯ

Ю.Л. Дяблова

Проанализировано историческое изменение предмета криминалистики; понятия «личность», ее свойства и признаки как предмета изучения криминалистической науки

Ключевые слова: предмет криминалистики; личность в криминалистике; свойство личности; признаки личности

Несмотря на то, что криминалистика является относительно молодой наукой, путь её развития начинается практически одновременно с возникновением первых государств и появлением необходимости установления определенных запретов, носящих в современном понимании уголовно-правовой характер, и системы розыска и установления их нарушителей. Именно в аспекте накопления эмпирических знаний и опыта можно говорить о многовековой (и даже тысячелетней) истории изучения личности при расследовании преступлений. Многие положения, относящиеся сегодня к отдельным подразделам криминалистики, имеют длительную историю развития, но, безусловно, все они были разрозненны, применялись в разные периоды развития отдельных государств, и были основаны, как указывает Н.П. Яблоков, на «житейском опыте и простой сообразительности» [1, с. 86].

В литературе приводятся различные примеры изучения свойств и признаков личности, относящиеся к предмету криминалистики. Большинство из них посвящено изучению личности преступника.

В памятниках истории Древнего Египта периода власти Птолемеев и римлян исследователи находят описания разыскиваемых преступников, сделанные самым подробным образом. С позиции сегодняшней криминалистики мы рассматриваем это как прообраз словесного портрета, правила составления которого относятся к подразделу криминалистической габитоскопии. Также с древнейших времен шло развитие следоведения,