

## ХАРАКТЕРНЫЕ ЧЕРТЫ И ОСОБЕННОСТИ РОМАНО-ГЕРМАНСКОГО ПРАВА

© 2016 г. Михаил Николаевич Марченко<sup>1</sup>

*В статье рассматриваются основные черты и особенности романо-германского права. Среди них выделяются такие как доктринальность, кодифицированный характер, основная роль закона среди источников права, деление права на публичное и частное, и др.*

*Article deals with the main features of the Roman-Germane (civil) legal Family. There are such features as doctrinal law, codified law, division of this legal Family on public and private law, etc.*

**Ключевые слова:** право, гражданский, закон, особенности, доктринальность, публичный, частный.

**Key words:** law, civil law, features, doctrinalist, public, private.

В курсе сравнительного правоведения, наряду с изучением национальных правовых систем и правовых семей, традиционно значительное внимание уделяется такой старейшей правовой семье, как романо-германское право, иногда именуемое в западной литературе “континентальным” или “гражданским” правом<sup>2</sup>.

При этом особое значение (по вполне понятным причинам) приобретают вопросы, касающиеся идентификации данной правовой семьи, проблемы выделения и рассмотрения её отличительных черт и особенностей<sup>3</sup>.

В зависимости от логического объёма и характера последние можно условно подразделить на общие и частные черты и особенности, отличающие романо-германское право от других правовых семей и правовых систем.

В числе *общих черт и особенностей романо-германского права*, на основе которых возникают и развиваются его частные черты и особенности, следует выделить своеобразие исторических и

национальных традиций, особенности правосознания, специфичность правовой культуры, правового интеллекта и восприятия действующего права<sup>4</sup>.

Говоря об общих чертах и особенностях романо-германского права, нельзя не согласиться с образным выражением относительно того, что “каждое общество, каждая правовая система является своего рода заложником своей истории” и что “прочность права” предопределяется не только “его собственной материей”, “юридическим языком, законодательной техникой и юридическим образованием”, но и той средой, в которой это общество и его правовая система функционируют<sup>5</sup>.

Среди *частных черт и особенностей романо-германского права*, оказавших и продолжающих оказывать значительное влияние на характер и содержание такой ее составной части, как судебское право, необходимо выделить следующие.

**Во-первых**, следует указать на такие отличительные черты и особенности романо-германского права, как его *ярко выраженная по сравнению с другими правовыми семьями доктринальность и концептуальность*. В западной научно-исследовательской литературе в связи с этим традиционно указывается на то, что “работы ученых-

<sup>1</sup> Заведующий кафедрой теории государства и права и политологии юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, доктор юридических наук, профессор (E-mail: theory.law.msu@gmail.com).

Mikhail Marchenko, head of Department of theory of state and law and politology of the law faculty of Moscow state University named M.V. Lomonosov, Doctor of Law, Professor (E-mail: theory.law.msu@gmail.com).

<sup>2</sup> См.: Glendon M., Gordon M., Osakwe Ch. Comparative Legal Traditions. Texts, Materials and Cases on the Civil and Common Law Traditions. St. Paul. Minn., 1994.

<sup>3</sup> См.: Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. М., 1996; Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1998; Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения М., 2002; Саидов А.Х. Сравнительное правоведение. Краткий учеб. курс. М., 2006; и др.

<sup>4</sup> См.: Chloros A. Common Law, Civil Law and Socialist Law: Three Leading Systems of the World, Three Kinds of Legal Thought // The Cambrian Law Review. 1978. № 1. P. 11–26; Wieaker F. Foundations of European Legal Culture // The American Journal of Comparative Law. 1990. Vol. 38. P. 1–29; Gibson J. The legal Cultures of Europe // Law and Society. Review. 1996. № 1. P. 55–82; Gessner W., Hofland A., Varga C. European Legal Cultures. Sydney, 1996. P. 493–506.

<sup>5</sup> См.: Grossfeld B. The Strength and Weakness of Comparative Law. Oxford, 1990. P. 43.

юристов (*la doctrine, die Rechtslehre*), подобно решениям суда, пользуются значительным влиянием в системе гражданского права<sup>6</sup>. Их значение усиливается особенно тогда, когда право, призванное регулировать те или иные общественные отношения, находится в процессе становления и весьма неопределенно или же когда вообще отсутствуют те или иные востребованные самой жизнью нормы права и институты. В этих условиях правовая доктрина может играть заметную роль. Сравнивая “уровень доктринальности” романо-германского и англосаксонского права и подчеркивая, что во Франции право, будучи относительно автономным социальным явлением, “полностью отделено от политики и религии”, многие авторы-компаративисты рассматривают французское право, а вместе с ним и всю романо-германскую правовую семью скорее “в терминах фундаментальных принципов”, различных концепций и “абстрактных подходов”, нежели с позиций его как важнейшего средства разрешения возникающих в обществе между его членами и их организациями споров или же средства “установления социального мира”<sup>7</sup>.

Романо-германская правовая семья более доктринальна в смысле восприятия и абсорбирования правовых теорий и доктрин, нежели англосаксонская правовая система. В силу этого, как не без оснований замечают исследователи романо-германского, в частности французского, права Х. Даномо и С. Фарран, “французское восприятие (концепция) права гораздо шире, чем английское”, поскольку при всей относительной автономии французского права его восприятие ассоциируется не только с юридическими нормами, но и с политической наукой, социальной сферой, моралью<sup>8</sup>.

Согласно сложившейся в рамках романо-германского права концепции (во Франции, Германии, Италии и других странах) право не должно быть лишь профессиональным достоянием юристов, “существовать только ради их сохранения как некой касты или сословия и обслуживаемых ими судов”. Восприятие права при этом традиционно выходит за пределы того, что в англосаксонском понимании считается “чистым” правом – системы юридических правил, судебных и иных вырабатываемых в процессе правоприменения принципов, отдельных судебных решений и норм.

Оно не только не изолируется от окружающей, “неюридической” среды и “других интеллектуальных дисциплин”, а наоборот, органически сочетается с ними, фокусируя при этом внимание прежде всего на “правах и обязанностях, признанных в обществе в соответствии с идеалами справедливости”<sup>9</sup>.

Сущность права при этом усматривается не столько в существовании системы неких “механических”, установленных, “нетехнических” норм, с помощью которых решаются те или иные задачи”, сколько в наличии социально-правовых принципов и общих идей, на основе которых оно формируется и развивается, которые оно в свою очередь порождает<sup>10</sup>.

В отличие от англосаксонского права, где “юридические нормы вырабатываются судами при решении спорных вопросов применительно к каждому конкретному, специфическому случаю”, в системе романо-германского права все обстоит несколько иначе, а именно: в процессе его формирования и развития исходят не из конкретных спорных дел или случаев, но из определения “общих принципов” и правовых доктрин, на основе которых не только создаются те или иные нормы права, но и решаются конкретные дела<sup>11</sup>.

**Во-вторых**, среди отличительных черт и особенностей романо-германского права, предопределяющих статус судейского права, функционирующего в его пределах, следует указать на *особую значимость закона в системе источников права*.

Отмечая данную особенность, исследователи романо-германского права справедливо акцентируют внимание на том, что в современных условиях в странах, правовые системы которых относятся к рассматриваемой правовой семье, как правило, считается, что для юриста “лучшим способом установления справедливого, соответствующего праву решения является обращение именно к закону”<sup>12</sup>.

Эта тенденция восторжествовала в XIX в., когда в подавляющем большинстве государств романо-германской правовой семьи были приняты кодексы и писанные конституции. Она еще более укрепилась в современную эпоху в силу ряда причин, и прежде всего благодаря значительному расширению роли государства практически во всех областях жизни общества.

<sup>6</sup> Glendon M., Gordon M., Osakwe Ch. Op. cit. P. 137.

<sup>7</sup> Harris D., Tallon D. Contract Law Today: Anglo-French Comparisons. Oxford, 1989. P. 6, 9.

<sup>8</sup> См.: Dadamo Ch., Farran S. French Legal System. L., 1993. P. 12.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> См.: Dadamo Ch., Farran S. Op. cit. 13.

<sup>11</sup> См.: David R. English Law French Law. L., 1980. P. 56–84.

<sup>12</sup> Давид Р., Жоффре-Стинози К. Указ. соч. С. 78.

Такого рода тенденция опоры на закон как основной источник права, с одной стороны, соответствовала, по мнению авторов, установленным в обществе принципам демократии<sup>13</sup>, а с другой – оправдывалась тем, что государственные органы обладают гораздо большими возможностями по сравнению с любыми иными организациями “для координации деятельности различных секторов общественной жизни и для определения общего интереса”<sup>14</sup>.

Кроме того, закон уже в силу самой строгости его изложения рассматривался как лучший “технический способ” установления “четких норм в эпоху, когда сложность общественных отношений выдвигает на первый план среди всех аспектов правильного решения его точность и ясность”<sup>15</sup>.

Последнее имеет немаловажное значение как для эффективности правоприменения, так и для сохранения и поддержания единства романо-германской правовой семьи, в которой, несмотря на сложность и огромную географическую протяженность последней, нормы права понимаются и оцениваются одинаково.

В романо-германской правовой семье, где наука традиционно занимается упорядочением и систематизацией решений, выносимых по конкретным делам, “правовая норма перестала выступать лишь как средство решения конкретного случая”. Благодаря усилиям науки “норма права поднята на высший уровень”. Ее понимают и оценивают не иначе как “правило поведения, обладающее всеобщностью и имеющее более серьезное значение, чем только лишь ее применение судьями в конкретном деле”<sup>16</sup>.

Следует особо подчеркнуть, что в странах романо-германской правовой семьи, в отличие от стран общего права, по мнению некоторых исследователей (которое, однако, не разделяется другими авторами и не подтверждается судебной практикой), норма права не создается судьями. “У них для этого нет времени”. Кроме того, заботы о справедливости решения именно по тому или иному конкретному делу “отстраняют все иные соображения”. К тому же судьи согласно, например, законодательству Франции (ст. 5 Гражданского кодекса Франции) не могут выносить решений в виде “общих распоряжений”. Правовая норма, которая не может и не должна быть творением судей, появляется позднее. Она создается как

“продукт размышления, основанного частично на изучении практики, а частично на соображениях справедливости, морали, политики и гармонии системы, которые могут ускользнуть от судей”<sup>17</sup>.

По своей природе и характеру в романо-германской правовой семье норма права, выступающая как основа кодификации права, является “чем-то средним между решением спора – конкретным применением нормы – и общими принципами права”. При этом вполне справедливо подмечается, что сам термин “норма” так же, как и термин “закон”, ассоциируется в нашем сознании с определенной степенью обобщенности<sup>18</sup>, ибо без этого невозможно было бы вообще говорить о применении содержащегося в них правила для решения каких бы то ни было конкретных дел<sup>19</sup>.

Однако вопрос применительно к романо-германскому праву заключается в следующем: какова же должна быть степень этой обобщенности нормы права, каков должен быть ее оптимальный вариант? В теоретическом и практическом плане вопрос этот далеко не простой, а тем более не тривиальный. От успешного решения его в значительной мере зависит степень как востребованности закона, содержащего в себе те или иные правовые нормы, так и его эффективности.

Искусство юриста в странах романо-германской правовой системы, по мнению многих авторов, состоит в умении найти нормы и сформулировать их с учетом необходимости поддержания некоего равновесия между конкретным применением нормы права, с одной стороны, и общими принципами права – с другой.

Нормы права не должны быть слишком общими, поскольку в этом случае они перестают быть “достаточно надежным руководством для практики”. Но в то же время они должны быть “настолько обобщенными, чтобы регулировать определенный тип отношений, а не применяться, подобно судебному решению, лишь к конкретной ситуации”<sup>20</sup>.

Разумеется, что применительно к различным отраслям права требование сохранения подобного равновесия не может быть одинаковым. В отношении таких отраслей права, как уголовное или налоговое, степень конкретизации норм права по возможности должна быть максимальной. Это необходимо прежде всего для того, чтобы свести к минимуму возможный “произвол администрации”.

<sup>13</sup> См.: там же.

<sup>14</sup> Там же.

<sup>15</sup> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 78.

<sup>16</sup> Там же. С. 69.

<sup>17</sup> Давид Р. Указ. соч. С. 112.

<sup>18</sup> См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 70.

<sup>19</sup> См.: Merryman J. The Civil Law Tradition. P. 21–25.

<sup>20</sup> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 70, 71.

Что же касается других отраслей права, где “нет нужды так строго навязывать жесткие юридические решения”, степень конкретизации норм права, содержащихся в законах, может быть минимальной. Здесь допускается высокая степень обобщения<sup>21</sup>.

Однако независимо от степени “обобщенности” норм права, формирующих в пределах романо-германской правовой семьи те или иные институты и отрасли права, неизменным при этом традиционно остается то, что, в отличие от правовой системы общего права, приоритет здесь всегда отдавался не “судейским” нормам, а нормам статутного права. Разумеется, на первом плане при этом всегда стояли нормы, содержащиеся в конституционных актах и обычных законах<sup>22</sup>.

**В-третьих**, одной из отличительных черт романо-германского права является *ярко выраженный характер деления его на публичное и частное право*.

Основным критерием классификации правовых систем на публичное и частное право является, как известно, интерес. Для публичного права преимущественное значение имеет общественно значимый (публичный) интерес, который понимается как “признанный государством и обеспеченный правом интерес социальной общности, удовлетворение которого служит условием и гарантией ее существования и развития”<sup>23</sup>. Он касается в основном вопросов правового регулирования деятельности государственных органов и общественных организаций, закрепления правового статуса должностных лиц, взаимоотношений граждан с государством и т. п.

Критерием определения частного права является, соответственно, частный интерес, материализующийся в интересах отдельных лиц – в их правовом и имущественном положении, а также в их отношениях друг с другом и отчасти с государственными органами и общественными организациями<sup>24</sup>.

Деление права на публичное и частное в настоящее время стало вполне обычным явлением для многих правовых систем и ряда правовых семей. Однако изначально и вплоть до позднего Средневековья такое деление было свойственно лишь романо-германскому праву.

Для подавляющего большинства национальных правовых систем, относящихся к романо-германскому праву, также никогда не было чуждым деление их на отрасли и институты права. Оно имело огромное не только теоретическое, учебно-академическое, но и практическое значение.

Вместе с тем наиболее важной классификацией норм в системе романо-германского права, выделяющих его среди других правовых семей, было подразделение их на нормы публичного и частного права<sup>25</sup>.

Такое подразделение было обусловлено в решающей степени влиянием римского права на процесс формирования и развития романо-германского права, которое унаследовало от него не только основополагающие принципы, институты и доктрины, но и классификацию норм права на нормы публичного и частного права<sup>26</sup>.

Констатируя данный факт, исследователи подчеркивают, что в самом римском праве деление на публичное и частное право появилось лишь на одной из самых поздних стадий его развития, а именно: в классический период, когда римские юристы стали проводить более или менее четкое различие между “правом государства и общества” (*jus publicum*), с одной стороны, и “правом индивидуумов” (*jus privatum*) – с другой. Причем для римских юристов и их последователей деление права на публичное и частное имело не только “чисто техническое преимущество”, но и огромную практическую значимость<sup>27</sup>.

По мере развития романо-германского права совершенствовалась “тематика” разделения правовых норм на нормы публичного и частного права, создавались новые и модернизировались старые “публично-правовые” и “частноправовые” доктрины.

По данным западных исследователей, в настоящее время насчитывается около двух десятков разного рода доктрин, касающихся подразделения норм на нормы публичного и частного права<sup>28</sup>. В центре их внимания находятся вопросы определения и уточнения критериев классификации, характера соотношения системы норм публичного и частного права, установления типичных для публичного и частного права субъектов и

<sup>21</sup> См.: там же.

<sup>22</sup> См.: *Interpreting Statutes: a Comparative Study* / Ed. by D. MacCornick, R. Summers. Aldershot, 1991.

<sup>23</sup> Тихомиров Ю. А. Публичное право. М., 1995. С. 55.

<sup>24</sup> См.: Гойбарх А. Г. Основы частного имущественного права. М., 1927. С. 35–68.

<sup>25</sup> *International Encyclopedia of Comparative Law*. Vol. II. Paris, 1971. Ch. 2. P. 15.

<sup>26</sup> См.: *Kaser N. Das romische Pnvatrecht*. Mu\_nich, 1955. S. 18–46.

<sup>27</sup> См.: *Schulz E. Principles of Roman Law*. Oxford, 1936. P. 34–55.

<sup>28</sup> См.: *International Encyclopedia of Comparative Law*. P. 22–24.

объектов права, вопросы интерпретации содержания и толкования норм публичного и частного права и др.<sup>29</sup>

Однако, несмотря на огромные усилия, прилагавшиеся многими учеными к более четкому разграничению публичного и частного права и их самоопределению, многие проблемы классификации норм на публичные и частные в рамках романо-германского права остаются до конца нерешенными. На это в юридической литературе периодически обращается внимание. Всячески выделяя, например, тот факт, что публичное и частное право – это “не две разные правовые системы”, а одна, в рамках которой проводится классификация норм, некоторые авторы обращают особое внимание на то, что между публичным и частным правом никогда не было и в принципе не может быть раз и навсегда установленной грани. Последняя в известной мере условна и довольно подвижна, поскольку публичное право нередко проникает в сферу частного права и наоборот<sup>30</sup>.

Разумеется, что на процесс деления норм права на публичные и частные значительное влияние оказывают сложившиеся в той или иной стране политические и правовые традиции, обычаи, уровень развития правовой культуры и многие другие факторы<sup>31</sup>. Этим помимо доктринальных и прагматических причин объясняется, в частности, то, что в рамках одной и той же романо-германской правовой семьи перечень отраслей и институтов права, причисляемых в разных странах к категории публично-правовых и частноправовых, далеко не одинаков. Например, в правовой системе Франции к публично-правовым дисциплинам обычно относятся конституционное право, административное право, финансовое право и международное публичное право, к частноправовым – “собственно частное право” (*droit civil*), коммерческое право, включающее в себя также морское (*droit maritime*), гражданское процессуальное, уголовное, трудовое, сельскохозяйственное, лесное, транспортное, воздушное, индустриальной собственности (*droit de propriété industrielle*), интеллектуальной собственности, социального обеспечения, право, регулирующее отношения в угольной промышленности (*droit minier*), и международное статутное право<sup>32</sup>.

Классифицируя таким образом различные отрасли права и институты, специалисты в области французского права, как правило, при этом делают оговорки. В частности, поясняется, что несмотря на то, что уголовное право “по своей природе и характеру является публичным правом”, тем не менее по французской классификации оно относится к разряду частного права, поскольку содержит в себе множество положений, “направленных на защиту частноправовых интересов и отношений”<sup>33</sup>.

В отличие от правовой системы Франции, в правовой системе Германии вырисовывается несколько иная публично-правовая и частноправовая картина<sup>34</sup>. Так, к категории публично-правовых дисциплин согласно сложившимся здесь теории и практике относятся не только конституционное, административное, финансовое (налоговое) и международное публичное право, но и уголовное право, уголовно-процессуальное, гражданско-процессуальное, система правовых норм и институтов, опосредующих отношения сторон, возникающих в результате банкротства (*Konkursrecht*), церковное право (*Kirchenrecht*) и так называемое “согласительное право” (*Freiwillige Gerichtsbarkeit*)<sup>35</sup>. Соответственно, к частноправовым дисциплинам в Германии относятся такие, как гражданское право, коммерческое право, право компаний (*Gesellschaftsrecht*), право “переговорного инструментария” (*Wertpapierrecht*), право интеллектуальной собственности, патентное, торговое и международное частное право<sup>36</sup>.

Что же касается таких дисциплин, как трудовое право, которые могут рассматриваться в одних отношениях как частноправовые дисциплины, а в других – как публично-правовые, то их обычно не относят ни к тем, ни к другим<sup>37</sup>.

Следует заметить, что в рамках романо-германского права французский и немецкий варианты классификации норм, институтов и отраслей права на публично-правовые и частноправовые являются типичными. По их образцу проводится аналогичная классификация и в других странах.

Так, согласно проведенным исследованиям “немецкая схема классификации” воспринимается в качестве своеобразного образца в Австрии, Италии, Испании, Швейцарии и большинстве

<sup>29</sup> См.: *ibid.* P. 22–46, *Burckhardt T. Methode und System des Rechts.* Zurich, 1936. S. 146–180.

<sup>30</sup> См.: *International Encyclopedia of Comparative Law.* P. 42.

<sup>31</sup> См.: *Raban O. Modern Legal Theory and Judicial impartiality.* N.Y., 2003.

<sup>32</sup> См.: *Nouveau Repertoire de droit II // Droit.* 1963. № 15–20. S. 252–254.

<sup>33</sup> *International Encyclopedia of Comparative Law.* P. 21.

<sup>34</sup> См.: *Rehfeldt K. Einfu\_hrung in die Rechtswissenschaft.* Berlin, 1982. S. 175–179.

<sup>35</sup> См.: *International Encyclopedia of Comparative Law.* P. 21.

<sup>36</sup> См.: *Esser G. Einfuhrung in die Grundbegriffe des Rechts und Staates.* Vienna, 1949. S. 233–235.

<sup>37</sup> См.: *International Encyclopedia of Comparative Law.* P. 21.

других европейских стран<sup>38</sup>, французский вариант подразделения права на публично-правовые и частноправовые дисциплины широко используется, в частности, в правовых системах Бельгии и Голландии.

Указывая на особенности классификации правовых норм, институтов и отраслей на публично-правовые и частноправовые в различных правовых системах, формирующих романо-германскую правовую семью, необходимо обратить внимание на два следующих обстоятельства: а) при всей неодинаковости вариантов классификации в различных правовых системах романо-германского права наблюдается рост общей тенденции усиления роли публичного права за счет ослабления частного права, тенденции “публицизации” частных норм, нарастающей “трансформации” различных норм, институтов и отраслей права в соответствующие феномены публичного права (*tout devient droit public*)<sup>39</sup>; б) хотя процесс деления норм, институтов и отраслей права на публичные и частные в настоящее время свойствен не только романо-германскому праву, но и другим правовым семьям, в условиях романо-германского права он значительно отличается по своему характеру и последствиям от процессов классификации, происходящих в этих правовых семьях, и прежде всего в системе общего права<sup>40</sup>.

Принципиальное различие здесь заключается в первую очередь в том, что в романо-германской правовой семье по сравнению с англосаксонским правом процесс классификации права на публичное и частное носит “более глубокий и более четкий характер”<sup>41</sup>.

В системе общего, и в особенности английского, права подразделение права на публичное и частное имеет в основном академический характер и значение. Основным следствием его является лишь то, что “в случае возникновения спора (дела) в сфере отношений, регулируемых с помощью норм публичного права, у индивида появляется возможность одновременного использования для защиты своих интересов средств из арсенала частного права”<sup>42</sup>.

В системе романо-германского права, напротив, классификация норм, институтов и отраслей на публичные и частные имеет не только академический, но и практический характер. Чтобы

убедиться в этом, достаточно сказать, что в странах романо-германского права существуют даже “две различные иерархии судебных органов, каждая из которых действует соответственно в системе публичного и частного права”<sup>43</sup>. При этом имеется в виду прежде всего система арбитражных судов и судов общей компетенции, рассматривающих наряду с гражданскими исками уголовные и административные дела.

**В-четвертых**, важной отличительной особенностью романо-германского права, оказывающей значительное влияние на место и роль судейского права в данной правовой семье, является его ярко выраженный *кодифицированный характер*.

В отличие от других правовых семей, где кодификации также подверглись значительные правовые массивы, кодификация романо-германского права выделяется тем, что она: а) имеет более глубокие и более прочные исторические корни; б) проявляется как своеобразная юридическая техника, которая позволила осуществить на европейском континенте “замыслы школы естественного права, завершить многовековую эволюцию правовой науки, четко изложив, в отличие от хаоса компиляций Юстиниана, право, соответствующее интересам общества”<sup>44</sup>; в) имеет не локальный, а глобальный характер, охватывает собой практически все отрасли и институты права; г) имеет собственную идеологию.

Суть последней исторически заключалась в том, как это особенно ярко было видно на примере Кодекса Наполеона, чтобы, в корне преобразуя, а зачастую и “аннулируя все ныне существующее и ранее существовавшее право”, создать новую правовую реальность, “установить новый правовой порядок, который воплощал бы в себе идеал построения единого национального государства и отвечал бы требованиям, предъявляемым новым, постоянно изменяющимся обществом и новой системой управления страной”<sup>45</sup>.

Эта идеология в теоретическом плане отражала господствовавшую в тот период в Западной Европе “философскую веру в благоразумие права”, хотя в реальности зачастую все выглядело наоборот. Создававшиеся кодексы, призванные символизировать собой эту веру в “благоразумие прав”, равно как и олицетворять “новый правовой порядок”, нередко “вбирали в себя значительные массивы существующего в изначальном виде законодательства” и далеко не всегда, как это

<sup>38</sup> См.: *ibid.* P. 22.

<sup>39</sup> См.: *Ripert K. Le declin du droit.* Paris, 1949. P. 3–21.

<sup>40</sup> См.: *David R. Op. cit.* P. 182–196.

<sup>41</sup> *Cruz P. de Modern Approach on Comparative law.* Boston, 1993. P. 42.

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Указ. соч. С. 49.

<sup>45</sup> *Dadomo Ch., Farran S. Op. cit.* P. 24.

официально декларировалось, строились на радикальных идеях и доктринах<sup>46</sup>.

Тем не менее следует отметить, что кодификация права, начавшаяся в странах Западной Европы в раннем Средневековье и продолжающаяся по сей день, оказала огромное влияние на характер и процесс развития романо-германского права, во многом предопределила важнейшие тенденции его эволюции. Речь идет не только о масштабных кодифицированных актах, “сопутствовавших” Кодексу Наполеона и оказавших значительное воздействие на процесс развития романо-германского права в данный период, таких как Гражданский процессуальный кодекс (1806), Кодекс коммерческого права (1807), Уголовный и Уголовно-процессуальный кодексы (1810)<sup>47</sup>. Имеются в виду также многочисленные кодифицированные акты в области трудового, транспортного, природоохранительного и других сфер права, принятые в гораздо более поздний период в странах романо-германского права, и в особенности во Франции<sup>48</sup>.

Значительная роль каждого из них, как и кодификации в целом, заключалась в том, что они положили конец “достаточно многочисленным юридическим архаизмам, правовому партикуляризму, множественности обычаев, мешавшим практике”<sup>49</sup>.

Разумеется, кодификация имела не только позитивную сторону, но и определенные недостатки. Суть их усматривается различными авторами в основном в том, что она: а) с самого начала упустила из виду сложившуюся на Западе в течение ряда веков университетскую традицию, которая заключалась “в стремлении обучить поискам справедливого права, предложить право-образец, а не систематизацию или комментарии права той или иной страны или области”<sup>50</sup>; б) способствовала вопреки идее, которая вдохновляла создание кодексов, “юридическому позитивизму, усиленному национализму”. С принятием многочисленных кодексов юристы стран романо-германского права “стали считать правом их национальное право”. Они “занились своими кодексами”, перестали видеть, что по своему существу настоящее право как “норма общественного поведения” является “наднациональным” правом<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> См.: *ibid.*

<sup>47</sup> См.: *ibid.* P. 26.

<sup>48</sup> См.: *Handbuch des frazo\_sischen Rechts.* Berlin, 1927. S. 83–136.

<sup>49</sup> Давид Р., *Жоффре-Спинози К.* Указ. соч. С. 50.

<sup>50</sup> Там же.

<sup>51</sup> См.: там же. С. 51.

Наряду с названными отличительными признаками и чертами романо-германское право имеет и другие особенности. В их числе можно назвать, например, такую черту, как *относительно самостоятельный характер существования гражданского и коммерческого права*; исторически, с момента их возникновения и последующего развития *четко проводимое различие между тем и другим*<sup>52</sup>.

В системе романо-германского права изначально были весьма важные, порожденные главным образом сильным влиянием на него римского права причины “для проведения четкого различия между гражданским правом, с одной стороны, и коммерческим – с другой”<sup>53</sup>. Во Франции и некоторых других странах континентального права это привело к возникновению особых коммерческих судов и созданию кодифицированных актов коммерческого права<sup>54</sup>.

Помимо указанных отличительных черт и особенностей романо-германское право выделяется среди других правовых семей также тем, что в его системе “доминирует как особая отрасль права” *торговое право*, что в большинстве стран этой правовой семьи *наряду с гражданскими кодексами существуют также торговые кодексы*. Они имеются в Бельгии (1807), Австрии (1862), Франции (1807), Германии (1897), Испании (1829; переработан в 1885 г.), Нидерландах (1838) и во многих других странах<sup>55</sup>.

Наконец, среди отличительных черт и особенностей романо-германского права, оказавших огромное влияние на процесс развития и содержание судейского права в системе европейского континентального права, следует указать на *органическую связь романо-германского права с римским правом, его становление и развитие на основе римского права*.

Однако, исходя из огромной теоретической и практической значимости данной особенности романо-германского права как фактора формирования и развития судейского права, а также из значительной емкости исследуемой материи, вопрос о влиянии римского права на романо-германское, а вместе с ним и на функционирующее в его пределах судейское право требует, как представляется, особого, более обстоятельного рассмотрения.

<sup>52</sup> См.: *Glendon M., Gordon M., Osakwe Ch.* Op. cit. P. 49.

<sup>53</sup> *Cruz P.* de. Op. cit. P. 43.

<sup>54</sup> *Pearson Ed.* Op. cit. P. 19.

<sup>55</sup> *Саидов А.Х.* Введение в основные правовые системы современности. Ташкент, 1988. С. 82, 83.