

## РОМАНО-ГЕРМАНСКАЯ КОНЦЕПЦИЯ ИСТОЧНИКОВ ПРАВА

ТИГРАН ТОРОСЯН

В статье подробно представлены особенности романо-германской правовой системы, источники права и доктрина этой системы о сути, содержании, классификации и особенностях источников права.

Статья имеет важное научно-познавательное, практико-прикладное значение в сфере прикладной юридической деятельности и правотворчества.

**Ключевые слова** – правовая система, нормы права, становление, развитие, правовая семья, приспособление, использование, исторические условия.

Континентальная правовая система является самой старой и самой распространенной, которая включает в себя практически все страны Европы, за исключением Великобритании, страны СНГ, Азии, многие страны Латинской Америки, ряд стран Африки и так далее<sup>1</sup>.

Континентальная, или романо-германская система права является результатом творческого развития римского частного права европейскими учеными, главным образом в университетах<sup>2</sup>.

Континентальное право развивалось под определяющим влиянием доктрины права, и прежде всего римского права. При создании его норм научные абстракции, человеческий разум и деятельность ученых играли и играют решающую роль. Большинство жизненных ситуаций рассматривается через призму доктрины и под нее подстраивается. Сущность континентального подхода состоит не в том, чтобы найти в практике и отшлифовать то или иное решение. Главное – выработать общий идеальный принцип, а затем "регулиру-

---

<sup>1</sup> Подробно см. **Рене Давид, Камилла-Жоффе Спинози**. Основные правовые системы современности. М., 2011, стр. 29-111; **Кристофер Осаке**. Сравнительное правоведение в схемах: общая и особенная части. М., 2000, стр. 24-40; **Марченко М.Н.** Курс сравнительного правоведения. М., 2000, стр. 418-612; **Марченко М.Н.** Сравнительное правоведение: общая часть. М., 2001, стр. 263-361; **Марченко М.Н.** Правовые системы современного мира. Учебное пособие. М., 2001, стр. 25-112; **Петросян Р.** Сравнительная характеристика романо-германского и англо-саксонской систем гражданского процесса в современной правосудии. "Вопросы правосудия", 1997, N 4.

<sup>2</sup> См. Общая теория государства и права. Академический курс в 2-х томах. Том 2. Теория права. Ред. **Марченко М.Н.**; Москва, 2011, стр. 112.

ровать" при помощи него общественные отношения.

Не претендуя на полный охват всех отличительных черт романо-германского права, остановимся на рассмотрении лишь некоторых, наиболее важных из них, по существу фактически определяющих его характер и содержание.

Среди них следует выделить, во-первых, органическую связь романо-германского права с римским правом, его становление и развитие на основе римского права.

Многократно подчеркивая данную отличительную черту романо-германского права, отечественные и зарубежные исследователи особо фокусируют внимание на том, что романо-германская правовая семья сложилась «на основе изучения римского права в итальянских, французских и германских университетах, создавших в XII—XVI вв. на базе Свода законов Юстиниана общую для многих европейских стран юридическую науку»<sup>3</sup>, и что сердцевиной этой правовой семьи явилось «римское *jus civile* - частное право, которое применялось лишь к римским гражданам и в отношениях между римскими гражданами на территории и в пределах Римского государства»<sup>4</sup>.

Следует заметить, что некоторые авторы-компаративисты придают настолько большое значение прямому воздействию римского права на процесс формирования и развития романо-германского права, что даже пытаются определять последнее путем указания на его неотъемлемую связь с первым.

Одним из примеров такого определения может служить распространенная «рабочая дефиниция», в соответствии с которой романо-германское (цивильное) право рассматривается как система права или правовая семья, «в которой Свод законов Юстиниана (*Justinians Corpus juris civilis*) всегда был и остается если не важнейшей составной частью этого права, то, по крайней мере, той силой, которая оказывает на него прямое и весьма эффективное воздействие»<sup>5</sup>.

Соглашаясь в принципе с подобными рода определениями и с положением о том, что на природу и характер романо-германского права, в отличие от других правовых семей, решающее воздействие оказало римское право, нельзя в то же время избежать вопроса, рассматривалось ли такое воздействие

<sup>3</sup> Саидов А. Л. Сравнительное правоведение. М., 2014, стр. 21-22.

<sup>4</sup> См. Покровский И.А. История римского права. С-Петербург, 1998, стр. 293-294.

<sup>5</sup> См. Проблемы общей теории права и государства. Под общей ред. акад. Нерсесяна В.С. М., 2006, стр. 285.

в одинаковой мере на всю романо-германскую правовую семью, или же оно затрагивало лишь ее отдельные составные части.

Ведь если римское право оказывало сильное воздействие на все, без исключения, национальные правовые системы - составные части романо-германской правовой семьи, то и в этом случае мы будем иметь одну историческую картину и сможем без оговорок заявлять, что римское право действительно стало методологической и юридической основой всего романо-германского права. Ибо речь при этом идет не столько о рецепции, своеобразном «внедрении» норм римского права в систему романо-германского права, сколько о приспособлении и использовании в новых исторических условиях его основных идей, институтов, образа юридического мышления, подходов, правовых доктрин<sup>6</sup>.

Римское право оказывало далеко не одинаковое влияние на процесс формирования и развития различных национальных правовых систем — составных частей романо-германского права.

Разумеется, все западноевропейские народы в период средневековья испытали влияние античной культуры и «римского права как неотъемлемой его части», хотя это происходило в разное время и по-разному<sup>7</sup>.

В Германию, например, римское право пришло сравнительно поздно, в основном в середине XV в., но его воздействие на местное право было значительно сильнее, чем, скажем, во Франции. Это проявлялось, в частности, в том, что ни в одной западноевропейской стране «процесс рецепции не только институтов и понятий римского права, но и древнеримской юридической мысли не получил столь широкого распространения, как в Германии»<sup>8</sup>.

Основные причины такого явления лежат более всего в политической сфере, нежели в правовой или иных сферах. А именно - в существенном ослаблении центральной имперской власти в данный период и в одновременном усилении власти отдельных феодалов и больших городов.

В научной литературе при этом указывается на разные обстоятельства и даются различные объяснения ослабления центральной власти в Германии в рассматриваемый период. Говорится, например, о том, что германские импе-

---

<sup>6</sup> **Марченко М.Н.** Курс сравнительного правоведения. М., 2000.

<sup>7</sup> **Берман Дж.** Традиции западного права. М., 1994.

<sup>8</sup> **Цвайгерт К., Кетц Х.** Указ. соч. стр. 205.

раторы «чрезмерно увлеклись итальянскими делами в ущерб интересам внутренней политики». Указывается на то, что императорская власть оказалась неспособной, в силу разных причин, окончательно решить проблемы ленных владений и тем самым сплотить вокруг себя феодальных баронов «в той мере, как это имело место во Франции или в Англии»<sup>9</sup>.

Однако, как бы там ни было, ясно одно, что ослабление императорской власти в стране и усиление самостоятельности немецких княжеств способствовали рецепции римского права. Исследователями справедливо указывалось на то, что раздробленность политической власти помешала становлению и консолидации, прежде всего общегерманского частного права, появлению «общегерманской судебной системы и общегерманского юридического сословия»<sup>10</sup>. А это, в свою очередь, могло бы, как показывает пример Франции и Англии, стать противовесом римскому праву и в значительной мере ослабить ее влияние.

В Германии, между тем, этого не случилось. Отсутствие в стране в средневековый период сильной централизованной политической и судебной властей, с помощью которых можно было бы консолидировать как социальную систему, преодолев раздробленность многочисленных народов, населявших Германию, немецких племен и свободных городов, так и правовую систему, способствовало созданию там важнейших предпосылок для укоренения в правовой системе римского права<sup>11</sup>.

Раздробленность германского общества и слабость централизованной политической власти, сочетаемые с отсутствием юридического сословия в стране и слабостью имперского суда, в значительной мере зависимого от центральной политической власти и уже в силу этого не имевшего сколько-нибудь значительного влияния в обществе, - все это и многое другое создало условия для сохранения в Германии в течение длительного времени весьма архаичной и раздробленной национальной правовой системы, с одной стороны, и широкого проникновения в нее норм, канонов и доктрин римского права - с другой.

Этому же в значительной мере содействовали церковь и университеты.

---

<sup>9</sup> Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч., стр. 205.

<sup>10</sup> Там же, стр. 138-147.

<sup>11</sup> См. Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право. Москва, 2001, стр. 22-23.

Традиция изучать право в германских университетах того времени пришла в страну как наследие от итальянских университетов, где изучение римского права стояло превыше всего. Первоначально оно изучалось «для разрешения религиозных вопросов (каноническое право)», а позднее - в силу того, что высокоразвитое римское право было преобладающим правом в Италии.

Известно, что в рассматриваемый период германские студенты сначала учили римское право в итальянских университетах, а затем, начиная с XVI столетия, по мере становления и развития университетского образования в Германии, изучение его было перенесено «естественным путем» на территорию собственно самой Германии. Более того, многие германские университеты были вначале созданы как теологические колледжи, где преподавалось каноническое право, «основанное на римском праве»<sup>12</sup>.

Названные политические, академические и иные причины, способствовавшие укоренению и развитию в Германии римского права, в научной литературе нередко называют теоретическими причинами.

Теоретические причины объясняют многое в соотношении римского и местного права Германии в данный период, но далеко не все, например, то, почему римское право было воспринято в столь широком объеме именно в этой стране и почему местное право, пусть даже раздробленное, оказалось неудовлетворительным<sup>13</sup>.

Это связывают с тем, что формы отправления правосудия в Германии уже более не отвечали потребностям времени. В частности, в соответствии с традицией судьи принимали решение на основе уже состоявшихся правовых понятий, практической сметки, житейского опыта и знания дела, интуитивного понимания того, что наиболее соответствовало конкретной жизненной ситуации, которая была у них перед глазами<sup>14</sup>.

Такой, основанный не на умозаключениях, а на чувственном восприятии «органолептический» метод отправления правосудия, уходящий корнями в далекое прошлое, в основном перестал соответствовать экономическим и социальным условиям позднего средневековья, которые становились все более сложными, многообразными и запутанными. В этот вакуум и устремилось

---

<sup>12</sup> Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч., стр. 14-15.

<sup>13</sup> Там же, стр. 207.

<sup>14</sup> См. там же.

римское право. «И не потому, что его нормы были по содержанию лучше или правильнее, чем нормы обычного германского права, а благодаря многообразию выработанных им понятий и формализации правового мышления, с помощью которых даже трудные проблемы можно было опосредовать юридически, подвергнуть логическому анализу и раскрыть их суть, сделав предметом доступной для понимания аргументации»<sup>15</sup>.

Разумеется, если бы в Германии в данный период существовало свое «национальное» сословие юристов - высококвалифицированных судей, адвокатов и профессоров права, способных, с одной стороны, обобщить и систематизировать нормы местного права, а с другой - дополнить и обогатить местное право с помощью норм, институтов и понятий римского права, как, например, во Франции, то в таком виде нормы и институты местного права, с точки зрения специалистов в области истории и теории германского права, могли бы полностью отвечать потребностям своего времени.

Однако, ничего этого не случилось. Для подобной эволюции местного права Германии в это время не созрели еще ни социальные, ни политические предпосылки. Поэтому местное право как бы застыло в «преднаучном», неупорядоченном, раздробленном состоянии. В силу этого понятия и институты римского права были восприняты в большинстве государственно-территориальных образований Германии и в большинстве отраслей права как таковые, «в чистом виде», без учета национальных особенностей единой правовой культуры, «которой попросту не существовало, как не существовало и сплоченного сословия судей и адвокатов, которые могли бы ее создать»<sup>16</sup>.

К этому следует добавить, что в то время римское право не было каким-либо действующим иностранным правом. Оно рассматривалось как право Римской империи, и его притязания на применение в Германии «могли основываться на том, что Священная римская империя германской нации, как свидетельствует уже одно ее название, считала себя преемницей Римской империи», а германский император претендовал на роль наследника римских цезарей.

Не затрагивая другие стороны процесса рецепции римского права в средневековой Германии, отметим лишь два связанных с этим обстоятельства

---

<sup>15</sup> См. там же.

<sup>16</sup> Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч., стр. 207.

и вытекающих из них вывода: а) данный процесс в Германии приобрел гипертрофированный характер по сравнению с другими странами, правовые системы которых относятся к романо-германскому праву; и б) в связи с неравномерностью воздействия римского права на национальные правовые системы - составные части романо-германского права, его можно лишь весьма условно считать юридической, интеллектуальной и методологической базой этой правовой семьи.

Таковой она представляется лишь в сравнении с другими правовыми семьями, и прежде всего с англосаксонским правом. Однако, некоторые авторы считают, что последнее, и в особенности английское право, «в некоторых отношениях» (казуистический характер норм права, пренебрежение общими формулами и т. п.) находится даже ближе к римскому праву, чем романо-германское право. Однако, данная точка зрения разделяется лишь отдельными исследователями- компаративистами.

В западной научно-исследовательской литературе в связи с этим традиционно указывается на то, что «работы ученых-юристов (*La doctrine, die Rechtslehre*), подобно решениям суда, пользуются значительным влиянием в системе гражданского права». 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 весьма заметную роль<sup>17</sup>.

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 романогерманскую правовую семью скорее «в терминах фундаментальных принципов», с точки зрения 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>17</sup> **Бошно С.В.** Доктрина как форма и источник права. «Журнал права». N 12, 2003, стр. 70-79.

Романо-германская правовая семья более доктринальна в смысле восприятия и абсорбирования правовых теорий и доктрин, нежели англосаксонская.

Согласно сложившейся в рамках романо-германского права 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 - системой юридических правил, «судейских» и иных вырабатываемых в процессе правоприменения принципов, отдельных судебных решений, статутов и норм. Оно не только не изолируется от окружающей, «не юридической» 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».

Сущность права при этом усматривается не столько в существовании системы неких «механически» установленных, «технических 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 само, в свою очередь, порождает.

В отличие от англосаксонского права, где «юридические нормы вырабатываются судами при решении спорных вопросов применительно к каждому конкретному, специфическому случаю»<sup>18</sup>, 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, а из определения «общих принципов» и правовых доктрин, на основе которых не только создаются те или иные нормы права, но и решаются конкретные дела.

Среди отличительных черт романо-германского права 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 установ-

---

<sup>18</sup> См. **David R.** English and French Law. L., 1980, p. 56-84.

ления справедливого, соответствующего праву решения» является обращение именно к закону<sup>19</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.

Такого рода тенденция - опираться на закон как основной источник права, с одной стороны, соответствовала, по мнению авторов, установленным в обществе принципам демократии, 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>20</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». Последнее имеет немаловажное значение как для эффективности правоприменения, так и для сохранения и поддержания единства романо-германской правовой семьи, где, 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».

Следует особо подчеркнуть, что в странах романо-германской правовой семьи, в отличие от стран общего права, норма права не создается судьями. «У них для этого нет времени». Кроме того, заботы о справедливости решения

---

<sup>19</sup> Рене Давид, Камилла-Жоффе Спинози. Указ. соч., стр. 78.

<sup>20</sup> См. Теория государства и права. Под редакцией А.С. Пиголкина. М., 2015, стр. 376.

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 решения 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».

По своей природе и характеру норма права в романо-германской правовой семье, выступающая как основа кодификации права, является «чем-то средним между решением спора - конкретным применением нормы - и общим принципом права»<sup>21</sup>. При этом вполне справедливо подмечается, что сам термин «норма», так же как и термин «закон», ассоциируется в нашем сознании с определенной степенью обобщенности, ибо без этого невозможно было бы вообще говорить о применении содержащегося в них правила для решения каких бы то ни было конкретных дел.

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

Искусство юриста в странах романо-германской правовой системы 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>21</sup> Рене Давид, Камилла-Жофре Спинози. Указ. соч., стр. 70.

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».

## ԻՐԱՎՈՒՆՔԻ ԱՂՔՅՈՒՐՆԵՐԻ ՈՈՄԱՆԱԳԵՐՄԱՆԱԿԱՆ ԿՈՆՑԵՊՏԻԱՆ

ՏԻԳՐԱՆ ԹՈՐՈՍՅԱՆ

Հոդվածում հանգամանորեն ներկայացվում են ռոմանագերմանական իրավական համակարգի առանձնահատկությունները, իրավունքի աղբյուրները և այդ համակարգի դոկտրինը՝ իրավունքի աղբյուրների էության, բովանդակության, դասակարգման և առանձնահատկությունների մասին:

Հոդվածն ունի գիտաճանաչողական, գործնական-կիրառական զգալի նշանակություն՝ իրավակիրառական գործունեության և իրավաստեղծագործության ոլորտներում:

**Բանալի բառեր** – իրավական համակարգ, օրենքի նորմեր, ձևավորման, զարգացման, իրավական ընտանիքի, ադապտացիայի, օգտագործման, պատմական պայմաններում:

## ROMAN-GERMANIC CONCEPT OF LAW SOURCES

TIGRAN TOROSYAN

This article precisely and meticulously presents the characteristic features of the Romance and Germanic legal system. Its law sources as well as the doctrine concerning the essence, content, classification and features of these sources of law.

The article is of a scientifically cognitive, practically applicable huge importance in the law-making and law-creating fields.

**Key words** – legal system, norms of law, formation, development, legal ‘system’ or legal ‘family’, adaptation, utilization, historical conditions.