

ОБЫЧНОЕ ПРАВО И ПРОБЛЕМА ПРЕОДОЛЕНИЯ ОТСТАЛЫХ СОЦИАЛЬНО-ЭКОНОМИЧЕСКИХ СТРУКТУР¹



В. ДЕНИСОВ

*доктор юридических наук, профессор,
член-корреспондент НАПрН Украины,
заведующий отделом международного права
и сравнительного правоведения
(Институт государства и права
им. В. М. Корецкого НАН Украины),
вице-президент Украинской ассоциации
международного права*

Наряду с английским правом важнейшим источником систем права молодых государств Тропической Африки остается обычное право, отражающее состояние производительных сил традиционных отраслей их экономики и уклад жизни большинства населения.

Обычное право продолжает выражать феодальные земельные отношения собственности, которые вместе с остатками родоплеменных отношений разлагаются под влиянием капиталистических отношений собственности, возникших еще в колониальный период, а также новой государственной формы собственности, появившейся с образованием в Африке независимых государств.

Традиционная сфера экономической жизни большинства африканского населения все еще носит многие черты колониального прошлого и даже доколониального общества и сохраняет определенную неподвижность и оторванность друг от друга его основных производственных ячеек — общин. Обычное право поэтому, ограниченное той или иной местностью, отражает экономическую отсталость и политическую разобщенность народов стран Африки, обуславливая в то же время пестроту местного права со всеми его социальными, региональными, этническими и другими различиями. Говоря, например, о существующем обычном праве стран Восточной Африки, Е. Котран отмечает, что «мы здесь имеем дело не с единой системой права, а двумястами различными и иногда конфликтующими системами обычного права» [12, р. 74]. Подобная пестрота обычного права характерна для всех африканских стран.

Ликвидации множественности форм обычного права препятствовала также, как было показано, строгая обособленность его от введенной колони-

¹ Подається за виданням: Денисов В. Н. Системи права розвиваючихся стран (становлення і розвиток національних систем права стран Африки, звільнившисься від британського колоніалізму) / АН УРСР, Інститут держави і права ; отв. ред. В. М. Корецький. — К. : Наукова думка, 1978. — С. 209–233. Впорядковано О. Кресніним.

зоторами в странах Африки английской системы права. С помощью колониального права метрополия стремилась изолировать такие обычно-правовые отношения африканцев, как право собственности, наследование, брак и семья. Двойственная система колониальных судов, составленная из «туземных судов» и судов, образованных по английскому образцу, действовавших параллельно, поддерживала дуализм двух взаимоисключающих по своему социальному содержанию систем права — африканского обычного права и английского права. «Колониальные державы, во всяком случае английская, — признает А. Эллот, — не были привержены к политике унификации обычного права. Наоборот, направление такой политики, как «косвенное управление», подразумевало, что каждый народ должен был сохранять возможность развития своим собственным путем, своим собственным темпом и в направлении, избранном населением или его традиционными правителями» [7, р. 369]. Результатом дуалистической судебной системы, пишут Е. Котран и Н. Рубин, «была почти полная изоляция африканских судов и обычного права в колониальный период» [13, р. XXI]. В условиях колониального режима это означало политику изолирования африканских народов как друг от друга, так и от остального мира с целью задержать и изменить ход их естественно-исторического развития.

Различаясь, таким образом, по форме от местности к местности, а по социальному содержанию от английского права, обычное право не могло применяться единообразно. Поэтому с завоеванием независимости молодые государства ограничились общим признанием обычного права как одного из важнейших источников их систем права, т. е. законодательно подтвердили существующее положение, что оно применяется в том виде, в каком действует в каждой местности, и с учетом изменений, происшедших в нем в колониальный период. Об этом свидетельствует законодательство многих молодых государств, которое определяет обычное право, исходя, как правило, из обычаев местных общин, признаваемых ими правовыми нормами.

Так, Акт о местных судах Танзании 1963 г. ограничивается простым воспроизведением определения обычного права, приводимого в колониальном Ордонансе о толковании законов и общих оговорках в праве. В нем говорится, что «обычное право» означает всякую норму или свод норм, содержащих права и обязанности, укоренившиеся обыкновением в любой африканской общине Танганьики и признаваемые такой общиной в целом как имеющие силу права, включая всякую декларацию или модификацию обычного права, принятую ордонансом о местном управлении, за исключением всякой нормы, которая отменена, запрещена, наказуема, объявлена незаконной, прямо или косвенно неприменима или заменена писаным законом. И все ссылки на туземный закон или обычай должны толковаться с учетом этого» [26].

Положение об обычном праве как праве отдельной общины содержится также в Акте о доказательственном праве Нигерии 1958 г. В нем говорится, что «обычай представляет норму, которая, действуя на каждой отдельной территориальной единице, путем длительного употребления приобрела силу права» [22]. Подтверждение пестроты обычного права находим и в Законе о Высоком суде Нигерии (бывший Восточный регион) 1963 г. «Местный обычай, — говорится в нем, — является нормой, которая, действуя на каждой отдельной тер-

риториальной единице или среди членов племени, клана или класса лиц, путем длительного употребления приобрела силу права» [23].

Акт об обычном праве Ботсваны 1962 г. также подтверждает обычное право каждой этнической общности, проживающей в стране, как «обычное право каждого племени или племенной общины» [17].

Таким образом, исходным моментом определений обычного права является признание молодыми государствами его множественного характера, отражающего социальные, религиозные, языковые и другие отличия, существующие в каждой этнической общности или группе таких общностей, которым соответствуют особенности их феодально-племенной организации, подвергшейся воздействию колониализма и придавшего ей уродливые формы.

Другим важнейшим принципом, вытекающим из указанных определений, является принцип, что «обычное право включает только те нормы, которые установлены обычаями и имеют силу права» [12, р. 73]. Это имеет важное значение для судов при установлении обычных правил, защищаемых правом, в отличие от простых обыкновений, действующих в качестве моральных норм.

Вместе с тем борьба за экономическую независимость, отвечающую общенациональным интересам африканских народов и являющуюся важнейшей задачей национально-освободительной революции стран Африки на нынешнем этапе ее развития, ведет к попыткам молодых государств изменить обычное право и приспособить его к новым требованиям, выдвигаемым жизнью. «Быстро и радикально меняющаяся в Африке социальная, политическая и экономическая жизнь, — подчеркивает А. Эллот, — делает вопрос об изменениях в обычном праве одним из наиболее важных. Старые обычаи исчезают или изменяются и появляются новые обычаи, соответствующие новому положению дел» [6, р. 278–279].

Обычное право все чаще принимает статутный характер, особенно в области земельного права, которое в сочетании с судебным правом, основанным на судебном прецеденте, противопоставляется неписаным обычаям, неписаному обычному праву. Происходит процесс законодательного определения и закрепления норм обычного права, которым в ряде случаев придается общий характер, не ограниченный данной местностью. В результате обычное право в странах Африки все больше теряет свое значение как право «древнего и неизменного обычая» [12, р. 74], которое придавали ему колониальные власти, пытаясь законсервировать отсталые производственные отношения традиционной экономики.

Буржуазная наука, вынужденная приспособливаться к новой обстановке в странах Африки, меняет свою позицию о якобы присущей африканскому обычному праву неподвижности и, следовательно, неизменяемости социального характера традиционных обществ в странах Африки, которой она придерживалась в колониальный период. Так, видные представители западной буржуазной африканистики А. Эллот, А. Эпштейн и М. Глукмен признают, что «тот взгляд, что обычное право было древним и неизменным, удерживающим свои принципы на протяжении длительных исторических периодов, и что его происхождение теряется в тумане глубокой старины, отвергнут. Обычные законы изменяются не только сегодня, но также они были подвержены постоянной перемене в доколониальном прошлом. Более того, — говорят они, — даже там, где формулировка законов остается неизменной, мы должны при-

нимать во внимание, что могут иметь место новые важные особенности в применении сохраняющейся юридической формулы как в отношении повторности ее, так и в отношении к новому положению дел» [8, р. 9].

Политика, направленная на определение законодательным путем точного объема содержания и форм обычного права, которая ставит конечной целью создание единых систем национального права, отвечающих новым требованиям экономического и политического развития африканских народов, характерна для всех развивающихся стран Африки. Унификация обычных законов, говорит А. Эллот, рассматривается в странах Африки «как первый шаг на пути к развитию единого национального права, которое охватит и заменит все существующие или сосуществующие системы — статутные, обычные и религиозные» [7, р. 375].

Первым и чрезвычайно важным шагом на пути к законодательному определению обычного права и ликвидации правового дуализма стали отмена молодыми государствами колониальной системы «туземных судов» и создание единой структуры местных судов с Высоким судом во главе, последовавших сразу же после завоевания странами Африки независимости. Все суды теперь применяют как английское, так и обычное право, независимо от расы, национальности, этнической принадлежности [13, р. XXII]. С ликвидацией системы специальных судов обычного права были, таким образом, разрушены юридические барьеры, с помощью которых британский колониализм обособливал обычное право и закреплял плюрализм его форм.

Последующие шаги молодых государств Африки в области обычного права связаны с попытками его кодификации и унификации на общенациональном уровне. В частности, с помощью этих юридических средств молодые государства стремятся ликвидировать или по крайней мере уменьшить пестроту форм обычного права, а также к отмене устаревших его норм. Поэтому во многих африканских государствах, освободившихся от британского колониализма, приняты проекты свода обычного права — *restatements*, представляющие консолидирование норм этого права с использованием английской юридической техники. Такие проекты, объединяющие обычное право на том или ином уровне, были, например, разработаны в Кении, Танзании, Малави, Замбии, Ботсване и Свазиленде. Среди них проект Танзании выделяется, в частности, попыткой его авторов унифицировать обычное право всех народностей материковой части страны — Танганьики [13, р. XXII], т. е. объединить обычное право на общенациональном уровне. Для этого еще в 1961 г. было объединено обычное право тех этнических групп, которые были сходны по языковому признаку. Так, северо-восточные народности Танганьики, говорящие на языке банту (в эту группу входят самые крупные этнические общности страны, такие как сукума, ньямвези, гого), системы права которых характеризуются патрилинейным принципом, составили первую и наиболее значительную группу консолидированных обычно-правовых норм. Обычное право других народностей банту, строящееся на матрилинейном принципе, образовало вторую группу обычно-правовых норм. В отдельную группу было выделено также мусульманское право, которое распространено среди населения прибрежной восточной части страны, исповедующей ислам [15, р. 28–29].

В соответствии с указанными группами обычного права в Танзании осуществляется постепенная замена устных правовых обычаев их новыми форму-

лировками, объединенных в единые законодательные акты. Так, в 1963 г. в стране стала действовать Декларация об обычном праве, объединившая обычно-правовые нормы, связанные с выкупом за невесту, с браком, разводом и правовым положением детей. В последующем она была дополнена новыми формулировками обычно-правовых норм об опеке, наследовании и завещании [3, с. 183–184]. В результате такого объединения была сделана попытка выработать общие формулировки ряда норм обычного права, поглощающие основные различия и особенности обычно-правовых форм нескольких этнических общностей страны.

Другие африканские страны, например Кения, подходят к вопросам объединения обычного права менее решительно. Они считают опасным для стабильного развития своих стран непосредственно осуществлять кодификацию и унификацию обычного права на общенациональном уровне. Эти страны идут по пути законодательного признания всех или большинства обычно-правовых систем, с тем чтобы впоследствии на основе установления содержания и формы каждой из них привести все обычное право к какому-то единству [7, р. 375].

Такой осторожный подход африканских государств к решению проблем, связанных с объединением обычного права на общегосударственном уровне, объясняется в немалой степени сложностью характера национальных отношений, иногда доходящих до открыто враждебных, что является результатом длительного господства колонизаторов на африканской земле, которые разжигали межплеменную рознь. В Танзании же (в материковой части страны — Танганьике) в силу совершенно особых исторических обстоятельств национальные, межплеменные отношения не носят такого острого характера, как в других странах Африки, что дает возможность более решительно проводить в стране общенациональную консолидацию обычного права¹.

И все же значительная разнородность африканского населения в социальном, экономическом и политическом отношениях также является серьезным препятствием для быстрой ликвидации различий в обычном праве и отмены устаревших норм. И будет ли успешным, например, объединение обычно-правовых норм на основе патрилинейного принципа, как это имеет место в Танзании, а в последнее время и в Малави, заранее определить трудно.

Гана проявляет более строгий подход к решению проблемы объединения обычного права. Здесь его законодательное подтверждение осуществляется только в тех случаях, когда считается, что данная норма права той или иной общины может применяться на всей территории страны и ко всему населению независимо от этнической принадлежности. Этот метод называют методом ассимиляции обычного права, исходя из законодательства Ганы. В формулировке Акта о толковании 1960 г. он выглядит следующим образом: «Обычное право, вошедшее в законы Ганы, состоит из норм, которые по обычаю применимы к отдельным общинам в Гане, но не являются включенными в общее право в

¹ В конце XIX в. в Танганьике происходили мощные народные восстания против германского империализма, захватившего страну. Эти восстания, в которых участвовали почти все народности и племена страны, с особой жестокостью были подавлены колонизаторами (ими было убито свыше 120 тыс. африканцев). В результате племенная организация хотя и сохранялась, но оказалась сильно подорванной. А попытки пришедших впоследствии в страну английских колонизаторов возродить в своих интересах ее авторитет и влияние большого успеха не имели.

соответствии с любым законодательным актом, предусматривают ассимиляцию таких норм обычного права, которые пригодны для общего применения» [20, s. 18].

Несмотря на различия в подходе к решению проблем объединения обычного права, общим и наиболее важным для всех африканских государств является то, что когда какой-либо обычай или свод обычных норм, составленных по тому или иному предмету в новой формулировке, принимает законодательное выражение, то со времени официального опубликования такие нормы рассматриваются как писанные источники нового местного персонального права (*the new local personal law*), исключаящие по этим вопросам прежнее право [6, p. 147].

Однако практические результаты объединения обычного права сегодня еще незначительны. По крайней мере они пока далеки от условий, при которых возможна широкая кодификация обычного права. Попытки молодых государств унифицировать обычное право еще не выходят за рамки структурной унификации при сочетании основных различий права каждой этнической общности. Е. Котран и Н. Рубин отмечают в связи с этим, что пока речь идет только о процедуре унификации обычного права и механизма его применения в единой судебной системе. «Не существует, — говорят они, — точного термина для этой процедуры, но он может быть охарактеризован как сосуществование обычных законов в пределах единой структуры» [13, p. XXIII].

Вопросы использования в судах обычного права так или иначе связываются с техникой его применения, которая, как правило, заимствуется из английской юридической практики. «Практика и процедура всех судов, — отмечают Е. Котран и Н. Рубин, — широко основывается на английском праве» [13, p. XXII]. Важнейшей в этом отношении является проблема, связанная с юридической техникой законодательного установления содержания и формы обычного права с помощью законодательства, что, однако, представляет собой сложную не только юридическую, но и социально-политическую проблему.

Пестрота обычного права нередко делает для суда весьма затруднительным установление содержания и формы той или иной его нормы. Существует все же общее правило, что суды, выясняя норму обычного права, должны исходить из данного конкретного случая и прибегать к определенным правилам, основанным на судебной практике, с помощью которых они отыскивают норму. Это значит, что определенные правила юридической техники применяются в тех случаях, когда суду неизвестна норма обычного права, в отличие от законодательства и судебного прецедента, где предполагается, что судьи знают право, которое они отправляют [6, p. 271–272].

Прежде всего обычное право может быть доказано как факт, подтверждаемый свидетельскими показаниями. Судья говорит: «Я не знаю обычного права по этому конкретному вопросу. Сторона, заявляющая, что ее дело подтверждается обычным правом, должна привести доказательства и показать, что такой обычай является в данном случае нормой права. Она должна представить свидетелей или сослаться на авторитетные данные, показав суду, что данная норма является обычным правом» [10, p. 34]. Такой способ установления обычного права в судебной практике наиболее распространен. Впервые он был закреплен в известном западноафриканском деле *Angu v. Attach* (1916 г.) и до сих пор широко используется во многих странах Африки, когда суд находит, что подобный вопрос права ранее не рассматривался и что при установлении его

он будет действовать в качестве судебного прецедента, превратившись, таким образом, в писанный закон [10, р. 34].

Вторым распространенным способом, с помощью которого может устанавливаться содержание обычного права, является обращение к признанию судом вопроса права как общеизвестного факта (*judicial notice*). Судья в этом случае говорит: «Я знаю обычное право». И, сделав такое заявление, он затем применяет известную ему норму обычного права к конкретным обстоятельствам дела [10, р. 34].

В колониальный период подобная процедура применялась в судах обычного права, т. е. там, где судьи назначались из числа феодально-племенной знати и одновременно выполняли функции низшего звена колониального управления. Защищая привилегии феодалов и родоплеменной знати, суды обычного права были заинтересованы в том, чтобы руководствоваться исключительно местными обычаями даже в тех случаях, когда они не соответствовали изменившимся условиям жизни. Колониальное право даже установило принцип, согласно которому «обычное право находится в сердцах этих судей, исходя из презумпции, что они должны знать его лучше, чем кто-либо другой» [10, р. 34]. Однако с завоеванием странами Африки независимости и ослаблением в связи с этим политических и экономических позиций феодально-племенной верхушки указанное юридическое правило теряет свое значение, уступая место законодательному признанию обычного права, осуществляемого центральной государственной властью. Молодые государства во многих случаях отказываются от использования персонала колониальных судов обычного права, несмотря на трудности, с которыми они сталкиваются при подготовке новых судей, знающих обычное право. Как отмечалось на 8-м семинаре Международного африканского института в Аддис-Абебе (январь 1966 г.), «во многих государствах вожди и старейшины рассматриваются как креатура колониальных режимов, что делает совершенно невозможным сохранение за ними прежнего положения в судебной области» [15, р. 27].

Третьим широко распространенным правилом, с помощью которого также устанавливается содержание обычного права, является использование ассессоров — юридических советников судьи, которые имеют специальные знания в обычном праве, а также привычек, обычаев, образа жизни и языка данной общины. Так, Акт о местных судах Танзании 1963 г. разрешает суду заседать вместе с ассессорами по делам, имеющим или затрагивающим вопрос о норме обычного права. Суд, однако, не связан, естественно, мнением ассессоров [26, s. 8].

Еще более широкое использование ассессоров в судах предусматривает Акт о судах Сьерра-Леоне 1965 г., который устанавливает обязательное назначение их в каждый административный округ в качестве советников по уголовным делам. Кроме того, согласно Акту, всякий суд, рассматривающий вопрос обычного права, обязан назначить не менее трех ассессоров для слушания такого дела, и решение большинства ассессоров является обязательным для суда при условии, что формулировка решения была согласована с судьей и не противоречит решению Верховного суда страны [24, s. 75].

Указанные судебные методы являются фактически дополнением к законодательному определению обычного права, осуществляемого центральной государственной властью. Нормы обычного права, устанавливаемые судом в той или

иной форме, становятся писанным правом, имеющим такое же юридическое значение, как и законы, принимаемые центральной государственной властью. Они могут применяться как в отдельной местности, так и распространяться судебной практикой на другие местности с той или иной степенью всеобщности.

Устанавливая содержание обычного права на основе унификации, интеграции или с помощью судебной практики, африканские государства не ограничиваются констатацией нормы права в том виде, в каком она существует с незапамятных времен. Политика африканских государств направлена прежде всего на изменение обычного права, приведение его в соответствие с новыми социально-экономическими и политическими задачами, вставшими в странах Африки после завоевания ими независимости.

При этом большое значение придается юридическим средствам английского права, применявшимся еще в колониальный период. Использование этой юридической техники стало возможным благодаря коренному изменению сущности государственной власти в странах Африки, поскольку раньше эта техника использовалась почти исключительно в английском праве, доступ к которому для африканцев был закрыт. В новых условиях молодые государства могут иногда использовать прежние юридические доктрины в интересах своего развития. Так, законодательство этих стран придает определенное значение «доктрине противоречия», с помощью которой устанавливается несовместимость обычного права «естественному правосудию, справедливости и морали». Если раньше эта доктрина применялась для изолирования обычного права в колониальной системе права, то сейчас она используется для отмены или изменения устаревших норм обычного права, которые препятствуют ликвидации отсталых экономических и политических общественных отношений.

Применение формулы «естественное правосудие, справедливость и мораль» все больше связывается молодыми государствами с осуществлением равенства прав и свобод граждан, провозглашенных в конституционных актах, которые в большей части противоречат обычному праву.

«Естественное правосудие» как термин английского права может включать, например, такие принципы, как «никто не должен быть судьей в своем собственном деле», «никто не может быть заочно осужден», «каждый обязан знать содержание обвинения или иска против него», «наказание и возмещение ущерба не должны быть чрезмерными, а должны устанавливаться пропорционально обстоятельствам правонарушения». Эти и многие другие юридические принципы и максимы английского права, относящиеся к понятию «естественное правосудие», часто вступают в конфликт с обычным правом, по которому вожди, выступающие в роли судей, могут, например, выносить решения, противоречащие их собственным предыдущим постановлениям, рассматривать дела, связанные с ущербом, нанесенным их привилегиям как представителям феодально-племенной знати, применять древние формы процесса, связанные с пережитками ордалий и специального рода клятв, выносить решения в отсутствие заинтересованной стороны и т. д. [6, р. 159—160].

«Справедливость» имеет двойное значение, применяемое к обычному праву. В первом значении о ней говорят как об «общей справедливости» (*general equity or fairness*), и она представляет собой собственное понимание судей «справедливости» при вынесении решения по делу. «Общая справедливость» может применяться тогда, когда судья отказывается от формализма англий-

ского или африканского обычного права (особенно по процедурным вопросам), применение которого в конкретном случае нанесет, по его мнению, несправедливый ущерб интересу какой-либо стороны. С точки зрения английской теории права, «общая справедливость» применяется чаще всего к конфликтам законов английского происхождения и обычного права, когда отсутствует норма, которой судья должен руководствоваться.

Во втором значении о ней говорят как о «формально-юридической справедливости» (*technical equity*) и она является сводом правил, применявшихся канцлерским судом в Англии к определенной категории дел, связанных с так называемым справедливым интересом (*equitable interest*). «Формально-юридическая справедливость» применяется в судах молодых государств главным образом по вопросам собственности, особенно земельной, закрепляющей установление новых прав, в том числе на индивидуальное владение землей, которые появляются в результате разложения традиционной экономики африканских обществ [6, р. 160–161].

И, наконец, третья часть формулы «мораль» (*morality or good conscience*) охватывает такие вопросы, как противоправность рабства и принудительного труда, недействительность брака без согласия одной из сторон, уважение частной и семейной жизни, запрещение религиозной и этнической дискриминации и другие посягательства на личные права, постоянно вступающие в противоречие с соответствующими нормами обычного права, выражающего докапиталистические общественные отношения, особенно пережитки родоплеменного уклада. При этом противоречие «морали» обычному праву устанавливается непосредственно судьями [6, р. 162–164].

В связи с унификацией обычного права и применением английского права возникают многочисленные проблемы, связанные с судьбой таких традиционных институтов африканского обычного права, как выкуп за невесту, приданое, полигамный брак и многие другие, до сих пор повсеместно признаваемые в судах стран Африки. Судебная практика, опираясь на «доктрину противоречия», начинает пересматривать эти институты. Например, признание прав семейной собственности не только за мужем, но и за другими членами семьи, и в первую очередь за женой, установление ответственности за супружескую неверность не только жены, как это было прежде, но и мужа, отказ от абсолютизации прав отца на детей, рожденных в браке, установление перехода права наследования от большой семьи к прямым наследникам малой семьи [6, р. 165–175].

Отмена или изменение устаревших и устаревающих форм прежних общественных отношений африканских обществ связаны с коренными преобразованиями, происходящими в них. Она является сложной социально-политической проблемой, находящейся в прямой зависимости от социальной ориентации африканских государств. Вследствие этого успешное применение «доктрины противоречия» может использоваться молодыми государствами лишь по мере создания необходимых экономических и политических предпосылок в их борьбе с тяжелым наследием колониализма, за осуществление на деле провозглашенных прав и свобод в связи с созданием нового правопорядка.

Следующим важным моментом объединения обычного права является процесс перехода доказывания его в судах от вопроса факта к вопросу права.

В колониальный период английские суды, проводя политику изолирования обычного права, заявляли, что «туземное право является для них иностранным правом» и что оно поэтому не входит в пределы их знаний о праве. Отсюда обычное право, с которым сталкивалось иногда английское право, подлежало доказыванию в колониальных судах как факт подобно всякому другому иностранному праву. Например, по делу *Chitambala v. R.* (1957 г.), рассматривавшемуся в Золотом Береге (Гана), английский судья заявил, что, на его взгляд, «туземное обычное право в той или иной степени находится в том же положении, как и иностранное право, и оно должно доказываться экспертом в судах иных, чем туземные суды» [11, р. 39]. Отсюда в английских судах обычное право подлежало доказыванию только как факт, затрудняя этим самым защиту новых интересов африканцев, возникших вместе с развитием в колониальной экономике товарно-денежных отношений.

Став независимыми, африканские страны в новых формулировках или с помощью другой формально-юридической техники превращают процесс доказывания обычного права в судах из вопроса факта в вопрос права. Те нормы обычного права, которые устанавливаются законодательством или судебным прецедентом, становятся после этого для судов вопросом права. Это помогает молодым государствам не только приспособлять обычное право к новым потребностям их экономического развития, но и постепенно ослаблять пестроту обычного права, а также его неподвижность, которая ранее искусственно поддерживалась колониальным правом.

Так, в Кении консолидирование обычного права в области земельного права, которое с этого времени становится для судов вопросом права, приводит к более твердому закреплению новых земельных отношений собственности, коренным образом ломающих традиционные земельные отношения и нормы права. В соответствии с политикой правительства, направленной на развитие капиталистических отношений в стране, в результате такого консолидирования обычного земельного права возникает новое право, закрепляющее индивидуальные интересы и владение собственностью на коммерческих началах среди самого многочисленного народа страны — кикуйю, а также подтверждающее огораживание и индивидуальное присвоение частными лицами пастбищных общинных земель среди народа кипсигиса, обусловленное развитием в стране товарно-денежных отношений [6, р. 150].

Пример Танзании демонстрирует иной по социально-политическому значению характер перехода обычного права от вопроса факта к вопросу права. В Декларации обычного права 1963 г., отмечает И. Сеницына, выражено стремление сохранить право собственности большой семьи и связанный с ним принцип коллективизма [3, с. 197], что соответствует политике танзанийского правительства, направленной на ослабление тенденций к развитию индивидуальной собственности на землю и на преобразование земельных отношений на коллективных началах.

Однако, несмотря на стремление африканских государств преобразовать обычное право в рамках действия в каждом из них единой системы права, которая должна быть еще создана, и некоторые положительные результаты, достигнутые в ходе этого процесса, в целом пока еще не существует строгого различия между обычным правом, юридически установленным центральной государственной властью (в том числе судебной) и обычаями, которые призна-

ются только данной общиной. Последние подлежат определению судами сначала как вопрос факта и только затем в ряде случаев могут рассматриваться как вопрос права. Так, Акт о судебных доказательствах Кении определяет, что судебному установлению подлежат «как писанные законы, так и все законы и принципы, писанные или неписанные, которые имеют силу права» [21, с. 60 (1)].

В Гане, согласно Декрету о судах 1966 г., судебному установлению подлежит все обычное право [18]. В Сьерра-Леоне конституция 1961 г. предусматривает, что «право» включает «туземный закон и обычай, а также всякую другую неписаную норму права» [1, с. 404].

Более того, даже то новое право, которое возникает в результате законодательного или судебного установления обычного права в виде писаного закона, сохраняет многие черты старого обычного права. Как отмечает в связи с этим М. Супатаев, «традиционные нормы и принципы, будучи включены в писанные нормативные акты, все же сохраняют обычно-правовое происхождение и по своему содержанию занимают особое место в системе норм той или иной отрасли национального права» [5, с. 126]. К тому же часть дел по обычному праву решается вождями, не связанными с государственной системой судов, но сохраняющими судебные функции по традиции в силу своих привилегий. Эти вожди не знают и не заинтересованы в том, чтобы знать новое обычное право, закрепляемое государством, которое направлено на ослабление и ликвидацию местного партикуляризма и, следовательно, привилегий феодально-племенной знати.

Таким образом, законодательное признание обычного права путем унификации вместе с судебным установлением его с помощью прецедента характерно для всех государств Тропической Африки, пытающихся приспособить обычное право к современным условиям экономического и политического развития и осуществить вращение его в создаваемые общенациональные системы права.

При этом обычное право, утратившее почти полностью публично-правовой характер еще в колониальный период, действует в странах Африки как регулятор персональных имущественных отношений в меняющемся традиционном образе жизни африканцев. Так, законодательство некоторых государств, устанавливая понятие обычного права, прямо указывает на его значение как гражданского права. Такое определение содержится, например, в законодательстве об обычном праве Уганды [27, s. 37(1)]. Хотя законодательства многих других стран, в частности Сьерра-Леоне, Ганы, Танзании, Нигерии, Ботсваны, прямо не говорят о таком характере обычного права, его понимание судами, как правило, не выходит за гражданско-правовые отношения [25, s. 2; 22, s. 8(1); 17, s. 2].

В то же время использование молодыми государствами обычного права даже в модифицированном виде не может не носить ограниченного характера. Являясь выражением отсталых производственных отношений, действующих в формах родоплеменной организации, закрепляющей экономическую и политическую разобщенность большинства населения стран Африки, в основном крестьянских масс, обычное право с его многочисленными семейными и этническими системами не в состоянии даже в будущем приобрести качества системы права, необходимой для обеспечения все усложняющегося со времени независимости экономического развития, централизующая и направляющая

роль в котором принадлежит государству. Как справедливо отмечает М. Супатаев, «будучи преобладающей формой выражения воли эксп-луататоров общинного крестьянства (феодалы различного типа, феодализованная племенная верхушка), правовые обычаи выражают тенденции сохранения, а также закрепления их социально-экономических позиций, используются ими как орудие социального угнетения» [5, с. 125].

Кроме того, обычное право тормозит осуществление другой важнейшей задачи национально-освободительной революции в Африке — сближение народов и народностей по созданию в рамках существующих государств единых национальных общностей.

Каждое из африканских государств населяет большое количество народностей, отличающихся нередко друг от друга по уровню социально-экономического и культурного развития, по языку, обычаям и нравам. Среди них многие в прошлом враждовали друг с другом. Колониализм изолировал народы Африки друг от друга и разделил почти каждый из них границами колоний. Тяжелое наследие колониализма, раздувавшего старые этнические и племенные распри, по сей день оказывает сдерживающее влияние на прогрессивное развитие африканских стран, препятствуя объединению многочисленных народностей в нации. «Абсолютное большинство молодых государств, возникших после второй мировой войны, — отмечает Г. Старушенко, — имеет пестрый этнический состав населения. Самоопределение на ненациональной основе не только порождает территориальные споры, но и значительно усложняет национальное развитие освобождающихся стран, порождает многочисленные внутренние противоречия и конфликты» [4, с. 233].

Эти противоречия и конфликты выражаются, в частности, в борьбе феодально-племенной знати, оказывающей еще определенное влияние на крестьянские массы, с объединительными тенденциями, проводимыми большинством правительств африканских государств, стремящихся ликвидировать партикуляризм обычного права. Поэтому борьба молодых государств за устранение феодально-племенного партикуляризма, находящего опору в «древних и незапамятных обычаях», — важное требование национально-освободительной революции в странах Африки и необходимое условие для формирования там единых национальных общностей. В связи с этим Е. Котран отмечает, что «с политической точки зрения общее направление африканского национализма делает поворот к верности государству, а не племени. Отсюда, по всей вероятности, всякое право, которое стремится к увековечению племенной системы, не должно существовать в его нынешней форме» [12, р. 91].

А. Эллот также указывает, что унификация права в Африке становится общенациональной задачей, решение которой не терпит промедления. Отмечая полную искусственность нынешних границ африканских государств, он подчеркивает, что «право, правовая система является одной из сильнейших сплачивающих сил в любом обществе. И не удивительно поэтому, что африканские правительства обращаются за помощью к этому инструменту социального изменения» [7, р. 367].

Кроме того, научно-техническая революция, влияя на страны Африки, ставит также сложные правовые проблемы, связанные с регулированием быстро усложняющихся общественных отношений, решение которых недоступно африканскому обычному праву. Обычное право народов Африки «сковывает

политико-правовое и духовное развитие африканских народов независимо от выбора ими того или иного общественного развития» [5, с. 124].

Завоевание странами Африки независимости обнажает социально-политическую несовместимость обычного права с действующим в молодых государствах английским правом, которое в измененном виде превращается в новое право, все больше применяющееся как общетерриториальное право. Отражая своеобразные формы феодализма со значительной примесью родоплеменных отношений, обычное право стран Тропической Африки по своему социальному содержанию является правом привилегий и даже в формально-юридическом смысле противостоит принципу равенства всех граждан перед законом, провозглашенному в конституционных актах молодых государств. Принцип политического равенства имеет особое значение для стран Африки, где многоукладность экономики, осложненная империалистической эксплуатацией, препятствует созданию единых национальных систем права и осуществлению этого принципа на деле.

Ликвидация многоукладной экономики, а также создание в связи с этим единых систем права в настоящее время ведут фактически к исчезновению традиционного права и появлению нового права, выраженного в законах. При этом особенно важно не то, что обычное право, становясь в той или иной форме писанным правом, теряет форму обычного права (как это понимают многие буржуазные ученые, в частности Е. Котран, Д. Браун, П. Аллан, ограничивающиеся констатацией изменения его юридической природы) [12, р. 72; 10, р. 35], а то, что вместе с разложением старых общественных отношений оно исчезает прежде всего в социальном смысле как система права, регулирующая отжившие феодально-племенные отношения собственности. В этом заключается суть всех изменений, происходящих в обычном праве, которые и определяют его дальнейшую судьбу.

Вследствие такого положения определяющей тенденцией становления национальных систем права в странах Тропической Африки является расширение сферы правового регулирования нового права, способного стать единой правовой системой. Новое право, охватывающее главным образом современные отношения собственности, лишь в незначительной мере связано с обычным правом. Его основой служит английское право, которое, обладая качествами развития к всеобщности, в результате приспособления к специфике африканских условий приобретает новые черты, перестает быть английским правом по существу.

Обычное право, очевидно, может сохраниться лишь в той части, которая, в модифицированном виде превратившись в закон, сможет действовать в рамках единой системы права, отражая специфику общих исторических условий развития, объективно присущих народам Африки.

Особенно важным здесь представляется сохранение и превращение в закон той части обычаев, которые издавна использовались крестьянством для отстаивания общинных начал производства и потребления материальных благ в борьбе с феодально-племенной знатью, стремившейся полностью подчинить себе общину. Это явилось бы серьезным вкладом, облегчившим переход крестьянства от натурального хозяйства к более эффективным, современным коллективным формам его ведения.

Распространение товарно-денежных отношений и развитие на этой основе в странах капиталистической ориентации буржуазных отношений, усилившееся с независимостью стран Африки, влечет за собой мучительный процесс имущественной и классовой дифференциации крестьянства. Этот процесс значительно ускорил рост относительного аграрного перенаселения. Большая часть крестьянства разоряется, пауперизируется, пополняя армию наемного труда, и, не находя себе в большинстве случаев применения, оказывается выброшенной из традиционных форм производства, которые неумолимо разрушаются под влиянием законов развития товарного хозяйства и капитализма.

В этих условиях закрепление в законе, в частности, общинных прав крестьян на землю, наряду с предоставлением государством помощи в организации производства на новых началах, например на началах кооперирования, могло бы содействовать ограничению эксплуатации беднейших крестьян феодалами и вождями, а также растущей сельской буржуазией и помочь им менее мучительно перейти к более эффективным формам ведения хозяйства. Угандийский юрист П. Мугерва, говоря о земельных спорах, составляющих самую большую группу дел в странах Восточной Африки, очень верно подмечает значение общинной земли для простых людей. Он пишет, что «в Восточной Африке земля представляет единственный надежный источник средств к существованию во время безработицы и болезни, а также является как бы пенсией в старости. Неудивительно поэтому, — заключает он, — что споры, касающиеся земли, вызывают такие сильные эмоции и являются причиной постоянных тяжб в судах» [16, р. 101].

Столь животрепещущему для крестьянства вопросу земельной собственности в свое время уделяли внимание основоположники марксизма-ленинизма. Так, К. Маркс в «Дебатах по поводу закона о краже леса» писал о необходимости превращения издавна существовавших, но не оформленных «народных обычных прав» крестьянской бедноты, помогавших ей сводить концы с концами. «Мы требуем, — говорил он, — для бедноты *обычного права*, и притом не такого обычного права, которое ограничено данной местностью, а такого, которое присуще бедноте во всех странах. Мы идем еще дальше и утверждаем, что обычное право по своей природе может быть *только* правом этой самой низшей, обездоленной, неорганизованной массы» [2, с. 125].

Любопытно, что некоторые буржуазные ученые, говоря о судьбе обычного права, сожалеют о начавшемся в молодых государствах Африки процессе его исчезновения и выражают надежду, что обычное право перестанет считаться подчиненной системой права по отношению к английской системе права. Так, Е. Котран неодобрительно относится к предпочтению английского права, к которому все больше склоняются в этих странах судебная практика и особенно судьи высших судов, мало знакомые с обычным правом [12, р. 89—90]. Д. Ковен даже предупреждает об опасных последствиях, которые якобы ждут африканские государства в случае полной ликвидации обычного права. «Хотя в современной Африке реальности урбанизации и индустриализации уже наложили большие изменения на обычное право и подорвали его силу, — говорит он, — истиной остается то, что попытки усилить темп этих перемен несут большие опасности» [14, р. 16].

Однако исчезновение обычного права в Африке и частичное превращение его в единое право, как отражение специфики африканских условий развития, является прогрессивным историческим процессом, который связан с борьбой демократических сил за ликвидацию привилегий феодально-племенной знати, а также против империализма и неокOLONиализма, тормозящих появление новых общественных отношений, отвечающих интересам независимого экономического и политического развития африканских народов. Выражая персональное право каждой из этнических общностей, в рамках которых население объединяется лишь слабыми политическими средствами, исходящими от центральной государственной власти, обычное право не предусматривает прав отдельного индивидуума свободно распоряжаться собой в рамках существующей социальной структуры общества. Положение личности здесь определяется групповыми и общинными связями, от которых зависит ее статус. Это феодальные вожди, старейшины, главы больших и малых семей, женщины, дети и другие подчиненные члены семьи, чужеземцы (лица, не принадлежащие к общине, но проживающие в ней). Статус личности зависит также от сложных кровнородственных систем, происхождения по мужской и женской линии, семейной иерархии, принадлежности к группам, определяемым по возрасту, полу и многим другим общественным связям.

Такие групповые и общинные связи подавляют отдельную личность, делая ее полностью бесправной. Как подчеркивал К. Маркс, разделение человечества в странах примитивного феодализма, господства кастового строя, «где человечество буквально рассортировано по ящикам», доходит до крайних пределов [2, с. 125–126].

«Древнее право, — говорит Г. Мейн, — ничего не знает об индивидуумах. Оно имеет дело не с индивидуумами, а с семьями, не с отдельными человеческими существами, а с группами» [9, р. 149]. Многие сторонники этого взгляда Мейна, отмечает А. Эллот, утверждают, что юридические отношения в традиционном африканском обществе являются отношениями статуса, а именно, что «те юридические обязательства, которым индивидуум обязан подчиняться, проистекают не от отдельных проявлений его свободы выбора и действия, а от роли или общественных связей, в которых он выступает как отец, мать, ребенок, подданный, муж, жена, владелец и т. д. В соответствии с этим взглядом — подчеркивает Эллот, — индивидуальные договоры, за исключением договоров формализованного характера, таких как брак и передача собственности, не существуют или имеют минимальное значение» [9, р. 149].

Хотя сам Эллот придерживается этого взгляда Мейна лишь частично, считая, что об ограничении свободы юридического выбора и действия в обычном праве стран Африки можно говорить только в сравнении с современным английским правом, он вместе с большинством исследователей разделяет наиболее известное положение Г. Мейна, вытекающее из приведенного выше его взгляда, что «движение прогрессивных обществ было до сих пор движением от статуса к договору» [9, р. 149].

Социально-экономические и политические изменения, происходящие в настоящее время в странах Африки, свидетельствуют, что создание новых связей в обществе, находящихся выражение и закрепление в едином праве, идет по пути установления договорных отношений, в корне меняющих старые связи, основанные на заранее определенном обычным правом жестком статусе лич-

ности. Это ведет, конечно, к замене обычного права новым правом, регулирующим общественные отношения на договорных началах безотносительно от принадлежности данной личности к тому или иному персональному праву племенной общины.

ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ МАТЕРИАЛЫ

1. *Конституция Сьерра-Леоне* // Конституции государств Африки. — Т. 3. — М., 1966.
2. *Маркс К.* Дебаты по поводу закона о краже леса // Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. — Изд. 2-е. — Т. 1. — М., 1955.
3. *Синицына И. Е.* Танзания. Партия и государство. — М., 1972.
4. *Старушенко Г. Б.* Нация и государство в освобождающихся странах. — М., 1967.
5. *Сунатаев М. А.* Опыт систематизации норм обычного права в молодых государствах Африки // Государство и право в развивающихся странах : сб. статей / Академия наук СССР, Институт государства и права ; отв. ред. В. Е. Чиркин. — М., 1976.
6. *Allott A. N.* New Essays in African Law. — London, 1970.
7. *Allott A. N.* Towards the Unification of Laws in Africa // The International and Comparative Law Quarterly. — 1965. — April.
8. *Allott A. N., Epstein A. L., Gluckman M.* Introduction // Ideas and Procedures in African Customary Law / Ed. by M. Gluckman. — London, 1969.
9. *Allott A. N.* African Law // An Introduction to Legal Systems / ed. by J. D. M. Derrett. — London, 1968.
10. *Brown D., Allen P.* An Introduction to the Law of Uganda. — London ; Lagos, 1968.
11. *Chitambala v. R.* // Nigerian Law Reports. — 1959.
12. *Cotran E.* Place and Future of Customary Law in East Africa // East African Law Today. — London, 1966.
13. *Cotran E., Rubin N. N.* Introduction // Readings in African Law. — Vol. 1. — N. Y., 1970.
14. *Cowen D. V.* African Legal Studies. A Survey of the Field and the Role of the United States // African Law. New Law for New Nations / Ed. by H. W. Baade. — N. Y., 1963.
15. *Ideas and procedures in African customary law : studies presented and discussed at the Eighth International African Seminar at the Haile Sellassie I University, Addis Ababa, January 1966* / ed. by M. Gluckman. — London, 1969.
16. *Mugerwa P. J.* Nkambo. Land Tenure in East Africa — Some Contrasts // East African Law Today. — London, 1966.
17. *The Botswana Customary Law (Application and Ascertainment) Act 1969* // African Law Reports. Botswana. — 1969. — N 51.
18. *The Ghana Court Decree 1966* // National Liberation Council Decrees. — Accra, 1966.
19. *The Ghana Interpretation Act 1958.* — Accra, 1958. (Supplement to the Ghana Gazette).
20. *The Interpretation Act of Ghana 1960.* — Accra, 1960. (Supplement to the Ghana Gazette).
21. *The Kenya Evidence Act (1964 Revision)* // Revised Edition of the Laws of Kenya. — Nairobi, 1964.
22. *The Nigeria Evidence Act 1958* // Revision of the Laws. — Lagos, 1958.
23. *The Nigeria High Court Law 1963* // Revision of the Laws. — Lagos, 1963.
24. *The Sierra Leone Courts Act 1965* // Sierra Leone Annual Volume of the Laws. — 1965. — № 31.
25. *The Sierra-Leone Local Courts Act 1963* // Sierra-Leone Annual Volume of the Laws. — Freetown, 1963.
26. *The Tanzania Magistrates Courts Act 1963.* Sixth Shed. — Dar es Salaam, 1963 (Supplement to the Tanzania Gazette).
27. *The Uganda Magistrates Courts Act 1964.* — Kampala, 1964 (Supplement to the Uganda Gazette).