Правовой обычай в концепции верховенства права в Индии и Южно-Африканской Республике (сравнительно-правовое исследование)*

КУЗНЕЦОВА Светлана Сергеевна, доцент кафедры конституционного права Уральского государственного юридического университета, кандидат юридических наук

Россия, 620137, г. Екатеринбург, ул. Комсомольская, 21

E-mail: kss001@usla.ru

Концепция верховенства права обычно рассматривается в рамках действия актов органов государственной власти, в связи с чем формулируются критерии законности и правовой определенности. Во многих государствах Африки, Азии и Карибского бассейна правовой обычай, сформированный на традициях отдельных этнических общностей, по-прежнему признается источником права. Его неписаный характер вызывает вопрос о способности обеспечить действие принципа верховенства права.

Цель исследования — выявление механизмов обеспечения верховенства права в государствах с действующими правовыми обычаями.

Методы исследования: анализ, индукция, дедукция, системный, формально-юридический и сравнительно-правовой. Рассмотрены концепции верховенства права в двух мультиэтнических государствах — Индии и Южно-Африканской Республике, проведен сравнительно-правовой анализ законодательства и судебной практики в целях определения роли правового обычая, порядка его применения в процессе реализации и защиты прав человека.

Вывод: Индия и ЮАР избрали различные концепции обычного права. В Южно-Африканской Республике действует доктрина живого обычного права, которое в силу гибкости обладает потенциалом в обеспечении эффективной реализации прав человека. В Индии концепция правового обычая берет начало в английской правовой доктрине, поэтому обычай по общему правилу подлежит признанию со стороны государства через судебные органы. Признание официального обычного права в Индии позволяет простым способом обеспечить соблюдение таких критериев принципа верховенства права, как законность и правовая определенность. При этом государство полностью не отказалось от живого обычного права, однако его действие признается в отношении отдельных групп населения. Практика живого обычного права вызывает критику с позиции обеспечения верховенства права, так как его применение нередко нарушает принцип равенства. В ЮАР принцип верховенства права обеспечивается живым обычным правом за счет естественного потенциала этнической общности к саморегулированию.

Ключевые слова: официальное обычное право, живое обычное право, верховенство права, право этнических общностей, индуистское право, мусульманское право.

Для цитирования: Кузнецова С. С. Правовой обычай в концепции верховенства права в Индии и Южно-Африканской Республике (сравнительно-правовое исследование) // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2020. № 5. С. 35—47. DOI: 10.12737/jflcl.2020.040

Принцип верховенства права является универсальной ценностью для всех стран — участниц Организации Объединенных Наций¹. Содержание принципа верховенства права раскрывается в многочисленных научных работах, в том числе А. Дайси², Дж. Раца³, П. Крэйга⁴, Т. Бингхама⁵, в докладе Генера-

льного секретаря ООН Кофи Аннана⁶, а также в Докладе Европейской комиссии за демократию через право⁷. В международных докладах наблюдается общность концепции верховенства права, которая основана на не формальном, а сущностном подходе⁸. Так, в докладе Генерального секретаря ООН верховенство права определено как «принцип управления, в соответствии с которым все лица, учреждения и структуры, государственные и частные, в том числе само государство, функционируют под действием законов, которые были публично приняты, в равной степени исполняются и независимо реализуются су-

* Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта 19-011-00697 «Верховенство права, федерализм и защита прав человека: сравнительное исследование».

¹ См.: Декларация совещания на высоком уровне Генеральной Ассамблеи по вопросу о верховенстве права на национальном и международном уровнях, утв. Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН. 24 сентября 2012 г. URL: https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/67/1&Lang=R (дата обращения: 12.02.2020).

² См.: *Dicey A. V. Introduction to the study of the law of constitution*. London, 1889.

³ См.: *Raz J. The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Clarendon Press, 1979.

⁴ См.: *Craig P. Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework* // *Public Law*. 1997. Vol. 21.

⁵ См.: *Bingham T. The Rule of Law*. Penguin UK, 2011.

⁶ См.: Доклад Генерального секретаря ООН «Господство права и правосудие переходного периода в конфликтных и постконфликтных обществах». 23 августа 2004 г. URL: https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/2004/616&Lang=R (дата обращения: 12.02.2020).

⁷ См.: Доклад о верховенстве права, утв. Венецианской комиссией на 86-й пленарной сессии. 25—26 марта 2011 г. URL: <https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD%282011%29003rev-rus> (дата обращения: 12.02.2020).

⁸ Подробнее см.: *Craig P. Op. cit.*

дебными органами, и которые совместимы с международными нормами и стандартами в области прав человека»⁹. Европейской комиссией за демократию через право были выделены и сформулированы следующие признаки верховенства права: законность, правовая определенность, запрет на произвол, доступ к правосудию, обеспечиваемому независимыми и беспристрастными судами, соблюдение прав человека и недискриминация, равенство перед законом. Концепция верховенства права, признанная международными институтами, не всегда может быть полностью воспринята национальными правовыми системами отдельных стран. Так, обычно принцип законности рассматривается с позиции, разработанной А. Дэйси, где под законом понимаются национальное законодательство и прецедентное право¹⁰. В то же время в отдельных странах Азии, Африки и Карибского бассейна (например, Индии, Южно-Африканской Республике, Нигерии) правовой обычай признан источником права, регулирующим порядок реализации и защиты прав человека. Включение правового обычая в правовую систему вышеназванных государств обусловлено их мультиэтнической природой, необходимостью учета культурных, языковых и религиозных особенностей различных групп населения при реализации последних прав и обеспечении их эффективной защиты. Способность обеспечения реализации принципа верховенства права обычным правом нередко вызывает сомнения, так как правовой обычай в связи с отсутствием письменной формы не может в полной мере соответствовать принципу правовой определенности. Кроме того, подлежит оценке способность обычного права обеспечить принцип равноправия, так как действие правового обычая в мультиэтнических странах распространяется лишь на членов конкретной этнической общности, при этом правовые обычаи различных групп общества в границах одного государства могут принципиально отличаться друг от друга. Например, в рамках правовой системы Индии Гари С. Гур обоснованно разграничивает понятие общего и племенного правового обычая, под последним он понимает «обычай, связанный с определенным племенем, кастой или сообществом»¹¹. В отдельных случаях племенной обычай не только связан с этнической общностью, но и может иметь географические границы его действия, с учетом мест преимущественного проживания данной группы. Представляется необходимым рассмотреть вопрос о механизме обеспечения реализации принципа верховенства права в странах с дей-

ствующим обычным правом на примере Южно-Африканской Республики и Индии.

В статье 1 Конституции ЮАР верховенство права и высшая юридическая сила Конституции рассматриваются как основные ценности государства. Конституция является высшим законом республики, обязательства, налагаемые ею, подлежат обязательному исполнению, закон или действие, противоречащие положениям Конституции, недействительны. Конституционный суд ЮАР в своих решениях раскрыл отдельные аспекты принципа верховенства права. Так, одним из основных признаков принципа верховенства права названа законность, которая предполагает соблюдение следующих условий:

«публичная власть должна осуществляться в соответствии с принципом законности, т. е. регулирования порядка ее реализации Конституцией государства»¹²;

принимаемые законы не должны противоречить нормам Конституции;

органы и должностные лица должны действовать только в рамках тех полномочий, которые им предоставлены законом¹³;

в государстве действует одна правовая система, которая сформирована на основании и в соответствии с нормами Конституции. Общее право не является отдельной правовой системой, оно не может противоречить законодательству, так как его содержание вытекает из норм Конституции¹⁴;

разумность совершаемых уполномоченных органом действий: они должны быть необходимы в существующей ситуации и достигать поставленной цели¹⁵.

¹² *Affordable Medicines Trust and Others v. Minister of Health and Another* (CCT27/04) [2005] ZACC 3; 2006 (3) SA 247 (CC); 2005 (6) BCLR 529 (CC) (11 March 2005).

¹³ Подробнее см.: *Pharmaceutical Manufacturers Association of South Africa and Another: In re Ex Parte President of the Republic of South Africa and Others* (CCT31/99) [2000] ZACC 1; 2000 (2) SA 674; 2000 (3) BCLR 241 (25 February 2000).

¹⁴ *Pharmaceutical Manufacturers Association of South Africa and Another: In re Ex Parte President of the Republic of South Africa and Others*.

¹⁵ В решении по делу “*Masetlha v. President of the Republic of South Africa and Another*” (CCT 01/07) [2007] ZACC 20; 2008 (1) SA 566 (CC); 2008 (1) BCLR 1 (3 October 2007) Судом был сделан вывод, что в рамках данного дела при увольнении Президентом ЮАР заявителя Масетлха с должности Генерального директора Национального разведывательного управления был соблюден принцип законности, так как соблюдены оба требования: во-первых, глава государства этим полномочием обладает в силу закона, а во-вторых, потому что такое увольнение является разумным, так как признано единственным возможным действием Президента в ситуации, когда лицо, занимающее должность руководителя Национального разведывательного управления, утратило его доверие.

⁹ Доклад Генерального секретаря ООН «Господство права и правосудие переходного периода в конфликтных и постконфликтных обществах». 23 августа 2004 г.

¹⁰ См.: *Dicey A. V. Op. cit.* P. LV.

¹¹ *Gour Sir Hari Singh. The Hindu Code. Allahabad, 1973. Vol. I. P. 158.*

Принцип законности в правовой доктрине ЮАР рассматривается как самостоятельный регулятор правоотношений: «является очень эффективным в тех случаях, когда конкретное право или конституционное положение, четко и прямо регламентирующее правоотношение, отсутствует. В таком случае принцип предусматривает, что даже при наличии управомочивающего акта [не имеющего силу закона. — С. К.] соответствующий орган или должностное лицо должны действовать только в пределах тех полномочий, которые предоставлены им законом»¹⁶.

Вторым признаком принципа верховенства права названа правовая определенность, выражающаяся в доступности закона и четкости его изложения: «...именно поэтому статья 36 Конституции Южной Африканской Республики закрепляет возможность установления ограничений лишь законами общего применения [т. е. нормативными правовыми актами в противовес прецедентному праву. — С. К.]. Если закон, закрепляя широкие дискреционные полномочия, не содержит никаких явных указаний на порядок и условия применения ограничений, те, в отношении которых осуществляются полномочия, не будут знать о негативных последствиях и обстоятельствах их возникновения, поэтому они имеют право добиваться отмены неблагоприятного решения»¹⁷.

В практике Конституционного суда ЮАР сформулирован еще один признак принципа верховенства права — право на доступ к правосудию. Статья 34 Конституции государства гарантирует каждому право на рассмотрение его дела на основании закона в ходе открытого судебного разбирательства, а в случае необходимости — иным независимым и беспристрастным трибуналом или собранием. Роль судебной защиты в обеспечении верховенства права была отражена в решении Конституционного суда по делу «Глава Лесапо против Северо-Западного Сельскохозяйственного банка». В рамках данного дела оценивалась конституционность положения закона, предоставляющего банку право самостоятельно конфисковывать и продавать собственность должника без обращения к государственным институтам. Банк рассматривал обжалуемое положение закона как норму, управомочивающую обращаться к механизму самозащиты. Суд в своем решении указал, что закрепленное в ст. 34 Конституции «право на доступ к правосудию является гарантией от произвола, его необходимо рассматривать как элемент принципа верховенства права и основу демократиче-

ского правопорядка. Подразумеваемое право на доступ к правосудию, рассматриваемое в свете принципа верховенства права, заключается в том, что никто не может, руководствуясь нормами закона, осуществлять произвол. Самозащита в таком виде противоречит интересам общества, в котором провозглашен принцип верховенства права»¹⁸.

Обеспечение соблюдения прав человека и защиты от дискриминации в качестве отдельных элементов принципа верховенства права в практике Конституционного суда ЮАР не рассматривается. Г. Вудман попытался дать объяснение такому подходу с позиции особенностей правовой системы государства: «Система обычного права как в Африке, так и в других странах не признает первостепенного значения прав человека... От совета общины или вождя, которым поручено управление землей племени, неизменно ожидается соблюдение определенных норм разумности при ее распределении между членами. Если глава общины не соблюдает соответствующие стандарты, члены общины могут его обязать придерживаться установленных правил, либо отстранят от выполнения своих полномочий. На Западе концепция права продолжает неуклонно развиваться, но ее можно рассматривать как культурную особенность»¹⁹. Однако представляется, что особенности подхода Конституционного суда ЮАР к принципу верховенства права обусловлены правовым наследием Великобритании, в которой длительное время следовали доктрине А. Дэйси о том, что «права и обязанности человека существуют в результате их признания судами общей юрисдикции, они являются не результатом действия конституции, а ее основой»²⁰. В связи с этим принцип верховенства права обеспечивал права человека не через их нормативное признание, а через установление ограничений для деятельности публичной власти, а также с помощью предоставления эффективного механизма судебной защиты права. Сравнительно недавно, лишь в 1998 г., в Великобритании был принят Акт «О правах человека»²¹, признанный частью неписаной Конституции государства. Таким образом, невключение в принцип верховенства прав человека как ценности не предполагает их игнорирование или отрицание. Во-первых, необходимо отметить, что в ЮАР принцип верховенства права воспринимается в совокупности с принципом высшей юридической силы Конституции, таким образом, наличие конституционно-

¹⁶ South African Constitutional Law in Context. Oxford University Press South Africa (Pty) LTD, 2014. P. 83.

¹⁷ Dawood and Another v. Minister of Home Affairs and Others; Shalabi and Another v. Minister of Home Affairs and Others; Thomas and Another v. Minister of Home Affairs and Others (CCT35/99) [2000] ZACC 8; 2000 (3) SA 936; 2000 (8) BCLR 837 (7 June 2000).

¹⁸ Chief Lesapo v. North West Agricultural Bank. 12 BCLR 1420 (CC) [1999]; 2000 1 SA 409 (CC).

¹⁹ Woodman G. R. Customary Law in Common Law Systems // IDS Bulletin. 2001. Vol. 32. No. 1. P. 32.

²⁰ Dicey A. V. Op. cit. P. LV.

²¹ Human Rights Act, 1998. The National Archives on behalf of HM Government. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42> (дата обращения: 17.02.2020).

го контроля в государстве позволяет говорить и о признании содержательного аспекта принципа верховенства права. Во-вторых, разд. 2 «Билль о правах» Конституции ЮАР в ст. 7 провозглашает человеческое достоинство, равенство и свободу как демократические ценности государства, а ст. 9 Конституции гарантирует равенство перед законом, право на равную защиту, равное пользование правами и недискриминацию. Таким образом ЮАР закрепила в своем законодательстве и практике широкое сущностное понятие принципа верховенства права.

В Конституции Индии принцип верховенства права не получил непосредственного закрепления, однако ее отдельные положения гарантировали соблюдение таких признаков, как законность, равенство и соблюдение прав человека. Так, ч. 3 Конституции провозглашает «основные права». Входящая в нее ст. 13 гарантирует, что государство не вправе принимать акты, которые бы ограничивали или отрицали права, закрепленные этой частью, а все акты, противоречащие данному положению, являются недействительными. Статьи 14 и 15 гарантируют равенство и запрет дискриминации по каким-либо из оснований, а ст. 32 — право на судебную защиту. Особую роль в формировании концепции верховенства права в Индии сыграло решение Верховного суда по делу «*Кесавананда Бхарати против штата Керала*»²², в котором суд указал, что принцип верховенства права является неотъемлемой частью Конституции государства, поэтому не может быть нарушен парламентом путем принятия закона: право стоит выше воли отдельных должностных лиц и органов. Закон должен не способствовать произволу, а, наоборот, защищать от злоупотребления властью. Таким образом, Верховный суд сформулировал следующие признаки верховенства права: верховенство Конституции и законов; ограничение полномочий органов власти законом; обеспечение прав и свобод; обеспечение верховенства права средствами судебного контроля; правовая определенность;

Принцип верховенства права нашел отражение и в иных решениях Верховного суда Индии. Так, в решении по делу «*Веена Сет против штата Бихар*»²³ Суд подтвердил его универсальность, равное распространение на нищих, угнетаемых, необразованных и иные категории населения: «верховенство права распространяется не только на тех, кто готов бороться и поддерживать свой статус-кво». В решении по делу «*А. Д. М. Джабалпур против Шивкант Шукла*» Суд отметил, что принцип верховенства права вытекает не из норм Конституции, а из демократической природы государства: «Даже если бы положение, гарантирующее защиту от незаконного ограни-

чения права на жизнь и личную неприкосновенность, не нашло отражение в Конституции, государство не вправе лишать человека жизни и свободы без санкционирования со стороны закона. Без признания ценности жизни и свободы разница между неправовым и правовым обществом перестала бы иметь какой-либо смысл... верховенство права является общепринятой нормой любого цивилизованного общества»²⁴. На критерий законности внимание суда было обращено в делах «*Главный комиссар Штата Пенджаб... против Ом Паркаша и других*»²⁵ и «*Сатвант Сингх Соун против Д. Рамаратхана*»²⁶, где была сформулирована позиция, что действия органов исполнительной власти в отношении отдельных лиц должны быть основаны на положениях закона.

Конституции обоих государств признали обычаи источником права, регулирующим права и свободы человека. В силу того что ЮАР и Индия гарантировали соблюдение принципа верховенства права, актуальным представляется вопрос о механизме обеспечения правовым обычаем провозглашенных демократических ценностей данных государств. Признание правовых обычаев в качестве регулятора прав и свобод человека в ЮАР нашло отражение в ч. 3 ст. 39 Конституции: Билль о правах не отменяет существования других прав и свобод, признаваемых прецедентным, обычным правом или законодательством, в той степени, в которой они соответствуют Биллю. Часть 3 ст. 211 Конституции возлагает на суды обязанность обращаться к нормам обычного права в тех случаях, когда они применимы и при условии их соответствия Конституции и законодательству, которое касается обычного права. Конституционным Судом разработана концепция сосуществования двух форм обычного права — официального и живого: «Официальные нормы обычного права иногда противоречат положениям так называемого “живого” обычного права, под которым понимаются правила, которые подстраиваются под меняющиеся условия. Проблема данных изменений заключается в том, что они возникают в конкретном случае и не носят универсальный характер. Однако магистраты и суды продолжают придерживаться норм официального обычного права, сталкиваются со сложностями, обусловленными изменениями, которые произошли в обществе»²⁷. Официальное обычное право состоит из отдельных актов, представляющих собой нормативное закрепление правовых обычаев. К актам официального обычного права необходимо отнести За-

²² ADM Jabalpur v. Shivkant Shukla (2 SCC 521) [1976].

²⁵ Chief Settlement Commissioner... v. Om Parkash & Ors, Etc. (AIR 33, [1968] SCR (3) 655).

²⁶ Satwant Singh Sawhney v. D. Ramarathnam, Assistant... (AIR 1836, [1967] SCR (2) 525).

²⁷ Bhe v. Khayelitsha Magistrate. (CCT 49/03) [2004] ZACC 17; 2005 (1) SA 580 (CC); 2005 (1) BCLR 1 (CC) (15 October 2004).

²² Kesavananda Bharati... v. State Of Kerala And Anr. 24th April 1973.

²³ Veena Seth v. State of Bihar (AIR 1983, SC 339).

кон «О признании обычных браков»²⁸, Закон «О Реформе обычного правопреемства и смежных вопросов»²⁹, рамочный закон «О традиционных лидерах и управлении»³⁰, Кодекс законов зулусов³¹, Кодекс законов зулусов провинции Наталь³². Перечисленные законы устанавливают общие универсальные принципы и правила регулирования правоотношений, являющихся их предметом. Особенности осуществления прав и обязанностей в рамках таких правоотношений, возникающих в рамках отдельной этнической общности, подлежат регулированию живым обычным правом. Представляется также справедливым мнение Г. Вудмана о том, что официальное обычное право находит отражение не только в законодательных актах, но и в судебных прецедентах, так как обычай получает признание государства и им санкционируется: «Ошибочно сожалеть или критиковать разницу между социальным обычным правом и обычным правом юристов, это как если предположить, что было бы возможно для обычного права юристов быть аналогичным по содержанию с социальным обычным правом. Государственные суды не могут инкорпорировать, принимать, применять и обеспечивать соблюдение социального обычного права. Государственное право может поглотить обычное право...»³³. Имея форму законов и прецедентов, официальное обычное право с точки зрения формального подхода соответствует принципу верховенства права, так как находит отражение в актах органов государственной власти, формулирует общие универсальные для всех жителей страны принципы обычного права, в нем формулируются ограничения полномочий органов публичной власти, а также традиционных институтов управления. Кроме того, соответствие официального обычного права нормам Конституции ЮАР обеспечивается как органами конституционного контроля, так и судебными органами. Так, в решении по делу «Гумеде против Президента Южной Африканской Республики» Конституционный суд отметил, что «уполномоченный суд может развивать обычное официальное право, но его полномочия в отношении законодательства заключаются не в его развитии, а в толковании таким

образом, чтобы обеспечивать соблюдение норм Конституции, а в случае, где это необходимо, признании таких норм противоречащими Конституции, а значит, недействительными»³⁴.

Понятие живого обычного права закреплено в законах «О признании обычных браков» и «О реформе обычного правопреемства и смежных вопросов», где отражены обычаи, традиционно соблюдаемые среди африканских коренных народов Южной Африки и являющиеся частью культуры этих народов. Определение ограничивает круг субъектов применения норм обычного права представителями коренных африканских народов, а это значит, что с точки зрения законодательства обычное право «цветного» населения не является частью конституционно признанного обычного права. В то же время, признавая обычное право неотъемлемой частью культуры, руководствуясь ст. 30 Конституции, гарантирующей право самостоятельно выбирать способы участия в культурной жизни, а также ст. 9 Конституции, провозглашающей защиту от дискриминации по культурному основанию, суды ЮАР следуют практике признания обычаев различных культурных и религиозных сообществ и применяют их при принятии решений. Так, по делу «Департамент образования провинции Квазулу-Наталь против Пиллай» Конституционный суд признал неконституционным запрет в образовательном учреждении на соблюдение индийского обычая ношения девушкой пирсинга в носу³⁵. В 2002 г. по делу «Принц против Президента правового общества “Мыс Доброй Надежды”»³⁶ Конституционный суд сделал вывод о неконституционности ограничения прав религиозного сообщества Растафари в использовании конопля для отправления религиозного культа. Таким образом, понятие обычного права получило расширительное толкование в практике Конституционного суда ЮАР и стало включать традиции и обычаи любого культурного и религиозного сообщества в той мере, в которой они не противоречат Конституции Республики.

Отсутствие писаной формы живого обычного права, его разнообразие, отсутствие достоверных знаний у правоприменителей государственных институтов о его содержании и порядке реализации на различных этапах истории приводит к тому, что органы государственной власти предпочитают игнорировать нормы живого права, основываясь в своей деятельности на официальном обычном праве. Логично возникает во-

²⁸ The Recognition of Customary Marriages Act No. 120 of 1998.

²⁹ The Reform of Customary Law of Succession and Regulation of Related Matters Act No. 11 of 2009.

³⁰ Traditional Leadership and Governance Framework Act No. 23 of 2009.

³¹ KwaZulu Act No. 16 of 1985 on the Code of Zulu Law No. 16 of 1985.

³² Natal Code of Zulu Law (Proclamation R155 of 1987).

³³ Woodman G. R. Customary Law, State Courts, and the Notion of Institutionalization of Norms in Ghana and Nigeria // Allot A., Woodman G. R. (eds.). People's Law and State Law: The Bellagio Papers. 1985. P. 156.

³⁴ Gumede v. President of the Republic of South Africa (CCT 50/08 [2008] ZACC 23).

³⁵ MEC for Education: Kwazulu-Natal and Others v. Pillay (CCT 51/06) [2007] ZACC 21; 2008 (1) SA 474 (CC); 2008 (2) BCLR 99 (CC) (5 October 2007).

³⁶ Prince v. President of the Law Society of the Cape of Good Hope (CCT36/00) [2002] ZACC 1; 2002 (2) SA 794; 2002 (3) BCLR 231 (25 January 2002).

прос о содержании понятия обычного права в рамках ч. 3 ст. 211 Конституции, возлагающей на суды обязанность обращаться к нормам обычного права, когда оно применимо, не противоречит Конституции и законам, которые непосредственно касаются обычного права. Конституционный суд ЮАР в решении по делу «Корпорация „Алекскор” против сообщества Рихтерсвелде» раскрыл содержание понятия обычного права, нашедшего закрепление в Конституции, подчеркнув, что именно живое, а не официальное обычное право подразумевается в ст. 39 и 211 Конституции государства: «В то время, как право коренных народов ранее рассматривалось через призму общего права, то теперь оно должно рассматриваться как неотъемлемая часть нашей правовой системы. Как и все законы, оно зависит от юридической силы, предоставляемой ему Конституцией. Его юридическая сила теперь определяется ссылкой не на общее право, а на Конституцию Южной Африканской Республики»³⁷. Таким образом, суд признал живое право частью правовой системы государства, применение которой осуществляется напрямую ввиду ее признания Конституцией государства, при этом суд провел границу между правом государственным (т. е. тем, которое нашло отражение в нормативных актах и актах правоприменения органов государственной власти и санкционируется мерами государственного принуждения) и правом социальным³⁸. Соблюдение данного подхода подтверждается и решением по делу «Мабена против Летсоало»³⁹, в котором суд при выявлении конфликта между нормами официального обычного права и живого обычного права применил нормы последнего, так как они наиболее полно соответствуют ценностям Конституции.

Ввиду того что живое обычное право признается государством частью правовой системы, оно должно соответствовать принципу верховенства права, а значит, должны соблюдаться критерии законности, правовой определенности и обеспечения доступа к правосудию. Оценивая живое обычное право на соответствие критерию законности, отметим, что живое право является единственным естественным для африканских стран правом: государственное право в форме нормативных правовых актов и прецедентов было привнесено извне, а значит, вызывает меньшее

доверие у коренного народа. Несмотря на тот факт, что на сегодняшний день принят и действует рамочный закон «О традиционных лидерах и управлении», его положения основаны на идеях живого права и носят общий характер. Особенности организации институтов власти в отдельных этнических общностях являются предметом регулирования их живого права, при этом последнее достаточно успешно справляется с выполнением данной задачи. Во-первых, ст. 4А, 4В и 4С Рамочного закона «О традиционных лидерах и управлении» определены лишь функции, а не полномочия традиционных советов, при этом функция управления должна осуществляться в соответствии с обычаями и традициями. Во-вторых, закон не регламентирует ответственность традиционных институтов управления за неисполнение своих полномочий или злоупотребление ими, так как действует максима «вождь является вождем народа», а значит «вождь находится в зависимости от лояльности и поддержки своего народа, восприятия последним легитимности его власти»⁴⁰. Разумность совершенных вождем действий, их законность (основанная на нормах живого права) напрямую определяет его место в традиционной общине. Роль традиционного лидера возлагает на него обязанность действовать в интересах общины, нарушение норм обычного живого права означает утрату поддержки последней. Таким образом, правовой обычай в силу своей природы является ограничителем для органов власти племенной общины. Законность живого обычного права с позиции его соответствия нормам Конституции вытекает из принципа единства правовой системы государства, что нашло отражение в решении Конституционного суда ЮАР по делу Рихтерсвелде. Кроме того, ст. 211 Конституции возлагает на суды обязанность обращаться к нормам живого обычного права лишь в тех случаях, когда эти нормы не противоречат Конституции государства.

Правовая определенность живого права вытекает из природы правового обычая. «Не существует такого понятия, как неопределенное право, так как право предполагает конкретное правило. Обычай должен быть определенным по своему характеру, территории, и по кругу лиц, на которых распространяется»⁴¹. Живое обычное право принципиально отличается от права в рамках европейских концепций: источником происхождения права в рамках романо-германской и англосаксонской правовых семей являются органы государственной власти, концепция обычного права признает правотворцем членов общества. Таким образом, требование правовой определенности в рам-

³⁷ Alexkor Ltd and Another v. Richtersveld Community and Others (CCT19/03) [2003] ZACC 18; 2004 (5) SA 460 (CC); 2003 (12) BCLR 1301 (CC) (14 October 2003).

³⁸ Как уже отмечалось ранее, в отдельных научных исследованиях санкционирование живого обычного права государством в форме, например, прецедента, автоматически переводит его в разряд официального обычного права. Однако это не отменяет тот факт, что конституционно-правовой подход предполагает обязательное обращение правоприменителей к нормам живого права при разрешении дел.

³⁹ Mabena v. Letsoalo (2) SA 1068 (T) [1998].

⁴⁰ African Customary Law in South Africa: Post-Apartheid and Living Law Perspectives. Oxford University Press Southern Africa (Pty) Ltd., 2014. P. 246.

⁴¹ Allen Sir Carleton Kemp. Law in the Making. London, 1964. P. 139.

ках европейских концепций обусловлена необходимостью донести до членов общества содержание решений органов государственной власти, в обычном праве этого не требуется. Знания о правовом обычае формируются в сознании людей в процессе их воспитания в соответствующей культурной и социальной среде. Обычай признается таковым ввиду его определенности в сознании членов общности и признания ими в качестве обязательного к исполнению. Соответственно, представителями одной этнической общности нормы живого обычного права воспринимаются и оцениваются одинаково.

Однако в практике применения норм обычного живого права органами государственной власти последние сталкиваются со сложностями, обусловленными незнанием содержания живого права различных этнических общностей, проживающих на территории ЮАР. Впервые такая проблема стала очевидной, «когда управление колонией было передано в руки должностных лиц, знания которых были основаны на западной правовой традиции. Языковой барьер, установившийся между ними и населением, а также различие культур препятствовали получению информации о неписаном обычном праве»⁴². Как справедливо отмечается Конституционным судом ЮАР в решении по делу «*Бхе против Магистрата Кхаелитши*», «основная проблема заключается даже не в том, чтобы оценить, подлежит ли живое право применению в рассматриваемом случае, а в том, чтобы выявить нормы живого права. Вопрос о том, может ли суд развивать нормы обычного права таким образом, чтобы они отражали смысл и цели Билля о правах, вызвал дискуссию при рассмотрении дела. В первую очередь суду необходимо выявить истинное содержание обычного права в том виде, в котором оно действует на сегодняшний день... При этом существует достаточно мало информации и материалов, которые бы позволили суду сделать это. Сложность заключается не в том, чтобы признать положения живого права, отличающиеся по содержанию от норм официального обычного права, действующими, но в выявлении их содержания и их оценки на соответствие Биллю о правах»⁴³. Необходимо отметить, что ранее в период апартеида стороны по делу должны были доказать наличие той или иной нормы живого обычного права, порядок ее применения. Для этого можно было обращаться к свидетельским показаниям. На сегодняшний день обязанность по доказыванию в данной части снята с участников по делу⁴⁴, таким образом, суд должен самостоятельно изучить существующую практику и в случае ее со-

ответствия Биллю о правах применить при вынесении решения. Методика оценки норм обычного живого права сформулирована в решении Конституционного суда по делу «*Шилубана против Нвамита*»: «Исследование положений обычного права неизменно включает в себя рассмотрение прошлой практики сообщества. При изучении практики необходимо сосредоточиться на оценке обычного права в контексте традиций и культуры этнической общности, а не с позиции парадигмы общего права. Как уже ранее отметил суд по делу Рихтерсвелде, суды, приступающие к этому этапу исследования, должны быть осторожны с ранее существующей практикой, так как нередко нормы обычного права рассматривались через призму юридических концепций, чуждых обществу. В случае возникновения спора о правовой позиции суд должен учитывать как традиции, так и современную практику сообщества. Если в обществе наблюдается развитие институтов обычного права, суд должен стремиться признать и реализовать новеллы в той мере, в какой это обеспечивает эффективную защиту прав»⁴⁵. Таким образом, живое обычное право в ЮАР получило название не только ввиду отсутствия его неписаной нормы и производности от культурных, религиозных и иных особенностей отдельной этнической общности, но и в связи с тем, что государство признает его гибкость, способность самосовершенствоваться и наиболее быстро и эффективно обеспечивать реализацию прав человека в условиях меняющейся правовой действительности. Обычное право в практике государства не рассматривается как отдельная правовая система, конкурирующая с писаным правом, производным от государственной власти. Оно является частью единой правовой системы, при этом место обычая в данной системе жестко не определено, оно зависит от того, насколько эффективно конкретный обычай может обеспечить реализацию и защиту прав человека. То есть если живое обычное право более эффективно обеспечивает реализацию прав человека, то ему может быть отдано предпочтение по отношению к писаному закону.

В Республике Индия обычное право необходимо рассматривать с двух позиций: в первую очередь как универсальную норму в рамках концепций правовых систем индуизма, ислама и христианства, во вторую — как местный обычай отдельной общности (семьи, племени, группы племен) или отдельной территории, на которой он действует.

Конституция Индии не упоминает религиозные правовые системы, однако их существование обусловлено правовыми традициями, сформированными в обществе, а также гарантируемой ст. 25 Конституции Индии свободой вероисповедания. В период истории, когда Индия не обладала независимостью, а так-

⁴² African Customary Law in South Africa: Post-Apartheid and Living Law Perspectives. P. 68.

⁴³ Bhe v. Khayelitsha Magistrate.

⁴⁴ Подробнее см.: Shilubana v. Nwamitwa (CCT 03/07) [2008] ZACC 9; 2008 (9) BCLR 914 (CC); 2009 (2) SA 66 (CC) (4 June 2008).

⁴⁵ Shilubana v. Nwamitwa.

же в первые десятилетия ее независимости в государстве формировалась широкая база нормативных правовых актов, которые должны были урегулировать в том числе те сферы жизни, которые ранее подлежали регулированию исключительно обычным правом в рамках религиозных систем. Так, в 1872 г. был принят Закон «Об индийских христианских браках»⁴⁶, в 1937 г. — Закон «О порядке применения мусульманского личного права (шариата)»⁴⁷, в 1939 г. — Закон «О мусульманских разводах»⁴⁸, в 1955 г. — Закон «Об индуистских браках»⁴⁹, в 1956 г. — Закон «Об индуистском правопреемстве»⁵⁰, Закон «Об индуистском меньшинстве и попечительстве»⁵¹ и Закон «Об усыновлении и содержании индуистов»⁵². В процессе правотворчества органы государственной власти пытались максимально кодифицировать отдельные нормы обычного права, придав им таким образом легитимность. Процесс законодательного регулирования вопросов «личного права» обосновывался необходимостью исключения из правовой реальности случаев применения правовых обычаев, которые нарушали принцип равноправия. Так, при разработке Закона «О порядке применения мусульманского личного права (шариата)» исключение правового обычая из сферы регулирования отношений между мусульманами, необходимость признания писаных норм шариата соответствующей комиссией было обосновано следующим образом: «В течение нескольких прошлых лет заветным желанием мусульман Британской Индии было исключение обычного права из регуляторов мусульманского личного права. Данный вопрос неоднократно поднимался в прессе. Джамиат-уль-Улама-и-Хинд поддержал требование и обратил внимание всех заинтересованных сторон на вопрос о необходимости введения соответствующих мер. Обычное право является неверным, так как оно не имеет никакой надежной основы, часто меняется и не отличается определенностью, которая должна быть присуща любому закону. Статус мусульманских женщин в соответствии с обычным правом просто унижен. Все мусульманские женские организации осуждают обычное право, поскольку его действие отрицательно сказывается на их правах. Они требуют, чтобы Мусульманский личный закон (шариат) применялся к ним. Кроме того, принятие закона благоприятным образом повлияет на общество, так как обеспечит правовую определенность относительно прав и обязанностей»⁵³. Анало-

гичный подход, направленный на порицание неписаных норм обычного права, применялся и при разработке иных правовых актов. Ученые, политики активно критиковали новую правовую систему, называя ее абсолютно чуждой существующим местным традициям⁵⁴. Однако в итоге она устоялась: правовой обычай ушел на второй план, уступив место правотворческой деятельности органов власти.

Законы Индии в той или иной мере определяют роль правового обычая в регулировании порядка осуществления отдельных личных прав. Так, в соответствии со ст. 4 Закона «Об индуистских браках» его действие отменяет любое письменное правило или толкование индуистского права, обычай или обыкновение, имеющие силу закона, действующие непосредственно до вступления в силу данного закона и регулирующие аналогичные с ним вопросы. Формулировка закона дает возможность сделать вывод, что действие обычаев и индуистского права в части вопросов, которые закон не урегулировал, сохраняется. Также Закон напрямую определяет вопросы, подлежащие регулированию обычаем, в сфере брака. Например, в соответствии со ст. 5 Закона обычаями могут быть установлены дополнительные условия для вступления в брак индуистов, в соответствии со ст. 7 порядок проведения бракосочетания регламентируется правовыми обычаями брачующихся. При этом Закон запрещает характерную для индуистов полигамию, устанавливает требования к возрасту вступающих в брак субъектов. Таким образом, наблюдается уникальная ситуация существования разных правовых систем в рамках одного государства, регулирующих правоотношения представителей различных религиозных групп. Для мусульман регулирование брачно-семейных отношений, взаимоотношений в рамках мусульманской общины осуществляется в первую очередь правом шариата, а также отдельными мусульманскими обычаями, которые не противоречат нормам шариата. Государство максимально отстранилось от регулирования вопросов личных прав в рамках мусульманской общины, осуществляя лишь точечное регулирование путем формирования прецедентной практики, направленной на устранение нарушений основных признанных в государстве демократических ценностей. Для общины индуистов, которые составляют большую часть населения страны, регулирование правоотношений осуществляется в первую очередь законами, правовой обычай и индуистское право ушли на второй план. В связи с таким подходом возникает вопрос о соблюдении Индией критерия равноправия и недискриминации принципа верховенства права.

Статья 14 Конституции Индии гарантирует равенство всех перед законом и равное право на защи-

⁴⁶ The Indian Christian Marriage Act, 1872.

⁴⁷ The Muslim Personal Law (Shariat) Application Act, 1937.

⁴⁸ The Dissolution of Muslim Marriages Act, 1939.

⁴⁹ The Hindu Marriage Act, 1955.

⁵⁰ The Hindu Succession Act, 1956.

⁵¹ The Hindu Minority and Guardianship Act, 1956.

⁵² The Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956.

⁵³ Цит. по: Shayara Bano v. Union of India and Ors. Ministry of ... on 22 August, 2017.

⁵⁴ Подробнее см.: *Galanter M. The Aborted Restoration of 'Indigenous' Law in India // Comparative Studies in Society and History. Vol. 14. No. 1 (Jan., 1972). Pp. 53—70.*

ту всех лиц, находящихся на территории государства. Статья 15 направлена на защиту от дискриминации, в том числе по религиозному, расовому, половому и иным основаниям. Рассматривая жалобу по делу *«Штат Бомбей против Нарасу Анна Мали»* в связи с установлением законом штата Бомбей ограничения полигамии для индуистов, Верховный суд Индии отметил, что действие различных «личных законов» нельзя рассматривать как дискриминацию, так как их существование не противоречит нормам Конституции государства. «Статья 44 Конституции Индии признает существование отдельных и отличающихся по своему содержанию личных законов, так как содержит в себе лишь программное положение о создании в измеримом будущем условий для принятия единого гражданского кодекса для всех граждан страны, независимо от их расы или религии. Одна социальная группа может быть готова к реформе, в то время как другой необходимо время для ее принятия. Статья 14 Конституции, гарантируя равенство перед законом, не говорит о том, что речь идет о едином унифицированном для всех законе. Поэтому государство может принять логичное решение о проведении реформы поэтапно — от территории к территории, либо от одной религиозной группы к другой»⁵⁵. В данной ситуации с позицией Республики Индия достаточно сложно согласиться. Действительно отсутствие «единого личного закона» является безусловным и естественным фактом для мультиэтнических государств, признающих действие правового обычая. Однако представляется, что в данном случае речь идет не о разном содержании личного закона, а о разном отношении государства к вопросу его действия: личный закон индуистской общности, регулирующий порядок реализации прав, определяется государством, в связи с чем привычные для них обычаи и нормы религии им вытесняются, в то время как для мусульманской общности личный закон в большей своей степени сохраняется нетронутым.

В части 3 ст. 13 Конституции Республики Индия раскрывается понятие закона, которым могут быть урегулированы права и свободы человека, указано, что в него входят постановление органов местного самоуправления, указ, приказ, правило, предписание, обычай или обыкновение, имеющие на территории Индии силу закона. В практике Верховного суда Индии даются определения, которые также отражают особый подход к юридической силе правового обычая в государстве — действующего закона. Так, в решении по делу *«Кумараппа Четтиар и другие против Саминанта Четтиар»* под обычаем семьи понимается «правило, действующее в отдельной семье или конкретной местности, которое в силу длитель-

ного использования приобрело силу закона»⁵⁶. В деле *«Хурпуршад против Шеб Даял»* понятие обычая было раскрыто как «правило, которое в отдельной семье, районе, группе, социальном классе или племени приобрело в силу длительного применения силу закона»⁵⁷. Когда обычай приобретает силу закона? В решении по делу Четтиар Верховный суд Индии, руководствуясь своей более ранней практикой, наиболее полно сформулировал признаки правового обычая, который может быть применен при рассмотрении дела по существу: «Он должен быть древним, определенным, а его содержание разумным. Необходимо, чтобы соблюдение этих критериев было доказано с помощью ясных и недвусмысленных доказательств, поскольку только при наличии таких доказательств суды могут быть уверены в существовании обычая и в том, что он обладает признаками древности и определенности, которые являются основаниями для признания такого обычая со стороны государства. Обычай не должен противоречить нормам морали или принципам государственной политики, он не должен быть напрямую запрещен законом»⁵⁸. Таким образом, в отличие от ЮАР Индия рассматривает правовой обычай как часть своей правовой системы в том случае, если он является «официальным», т. е. признан прецедентной практикой. При этом именно на участников судопроизводства возлагается бремя доказывания наличия правового обычая, соответствие всем критериям допустимости, что затрудняет его применение как средства защиты нарушенного права. Не существует презумпции того, что права конкретного человека или правоотношения в группе регулируются обычаем. В решении по делу *«Крипал Каур против Бачан Сингх»* Верховный суд указал, что обычай, содержание которого неоднократно обосновывается участниками дела, может быть признан не подлежащим доказыванию в дальнейшем. Однако при этом необходимо учитывать, что в отношении правовых обычаев не может быть применен метод аналогии, так как «содержание обычая является вопросом факта, а не теории. При рассмотрении дел, в рамках которых разрешается вопрос о существовании определенного обычая, суд не вправе распространять действие обычая путем построения аналогий. При отсутствии правовой нормы содержание обычая можно установить лишь оценкой конкретной правовой ситуации. Обычай должен быть подтвержден доказательствами сторон, и суды не имеют права делать вывод о существовании обычая из положений другого обычая. Судья не должен строить догадки о содержании обычая, его обязанность состоит в

⁵⁶ Kumarappa Chettiar And Ors. v. Saminatha Chettiar Alias Avatha... (1919) 36 MLJ 612 (15 October, 1918).

⁵⁷ Hurlpurshad v. Sheb Dyal, 3 Ind App 259 (PC).

⁵⁸ Kumarappa Chettiar And Ors. v. Saminatha Chettiar Alias Avatha.

⁵⁵ The State Of Bombay v. Narasu Appa Mali (AIR 1952 Bom 84, (1951) 53 BOMLR 779, ILR 1951 Bom 775 (on 24 July, 1951).

том, чтобы оценить его в рамках представленных доказательств»⁵⁹.

Требования к порядку доказывания урегулированы Законом Индии «О доказательствах»⁶⁰. В соответствии со ст. 13 этого Закона в случае, если вопрос касается обычая, подлежат доказыванию следующие факты: а) любые случаи, указывающие на факт формирования обычая, его признания, его изменения, подтверждения со стороны государства или отклонения; б) особые случаи, когда обычай был применен, признан или реализован, или когда его реализация была оспорена, подтверждена или отклонена. Что касается особенностей доказывания такого признака, как длительность использования правового обычая, то законодательно понятие длительности в Индии не урегулировано. Поэтому в науке существуют различные подходы к оценке необходимого срока применения обычая. Так, Салмонд утверждает, что «обычай, чтобы иметь силу закона, должен существовать вечно. То есть он должен существовать так долго, что память человека не может вспомнить иного порядка действий»⁶¹. Г. Гур придерживается позиции, что обычай должен применяться по меньшей мере тот же период времени, что и закон, исключения из которого содержатся в правовом обычае⁶². В практике сложился подход индивидуальной оценки обычая, т. е. его «древность» рассматривается в рамках конкретной ситуации⁶³. Ввиду того что судам предоставлена дискреция в оценке обычая, в решениях можно выявить следующие подходы: применение обычая в течение 30 лет⁶⁴, 100 лет⁶⁵, а также применение обычая в течение жизни человека⁶⁶. Принцип древности обычая непосредственно связан с условием непрерывности его применения, так как любое временное отклонение от его исполнения означает, что такой правовой обычай не существует. Также лицо, которое ссылается на правовой обычай, должно доказать его единообразие, означающее, что в рамках одной этнической общности или территории, где действует правовой обычай, не может применяться иной правовой обычай, который противоречит его содержанию. Установленный порядок применения обычая в процессе судопроизводства позволяет сделать вывод, что обращение к правовому обычаю как к средству защиты нарушенных прав в Индии крайне затрудни-

тельно, так как в государстве установлена презумпция прерогативы государства осуществлять правовое регулирование правовых отношений, возникающих в рамках общества.

В отдельных штатах Индии Конституция государства признала особую роль правового обычая, сохранив за ним, а не за законом привилегию регулирования отдельных вопросов. К таким штатам относятся северо-восточные территории государства — Ассам, Мегхалая, Трипура, Мизорам и Нагаленд. Особенности их правового статуса необходимо связывать со второй концепцией обычного права в Индии — права отдельной этнической общности, так как на территории данных штатов сохранилось большое количество племен, ведущих традиционный племенной образ жизни, защита которого является одной из задач государства. Как отмечалось еще в 1918 г. при проведении реформы Монтегю — Челмсфорда, «политические реформы не могли коснуться данных территорий, так как проживающее там население было первобытным, база для формирования политических институтов отсутствовала»⁶⁷. В рамках настоящего исследования интерес представляет ст. 371А Конституции, которая гарантирует, что на территории штатов Нагаленд и Мизорам ни один общегосударственный закон без соответствующего решения законодательного собрания штата не может урегулировать вопросы обычного права, порядка отправления гражданского и уголовного правосудия в штатах, осуществляемых на основании норм обычного права, а также вопросы пользования землей и ресурсами. Таким образом, органы государственной власти штатов должны осуществлять правовое регулирование с учетом особенностей обычаев проживающих там племен. Возникает вопрос о пределах такого правового регулирования: может ли законодательное собрание штата в процессе реализации политики защиты правового обычая игнорировать общеправовые гарантируемые принципы верховенства права, равенства и недискриминации? В данном случае представляет интерес дело «Штат Нагаленд против Розмари Дзувичу и других»⁶⁸, в рамках которого рассматривался вопрос об отказе штата Нагаленд обеспечивать резервирование мест в представительных органах местного самоуправления для женщин на основании того, что правовые обычаи племен нага не предполагают обеспечение возможности управления для женщин, что обеспечение представительства женщин нарушит правовые обычаи, подорвет общественные устои племен, проживающих на территории штата. Принимая решение по данному делу, Верховный суд отметил, что положения ст. 371А Конституции Индии подразумевают, что фе-

⁵⁹ Mst. Kripal Singh v. Bachhan Singh (AIR 1958 SC 199).

⁶⁰ The Indian Evidence Act, 1872.

⁶¹ Цит. по: Fitzgerald P. J. Salmond on Jurisprudence. Bombay, 1997. P. 201.

⁶² Gour Sir Hari Singh. Op. cit. P. 161.

⁶³ Jai Sukh and Ors. v. Manohar Das. (AIR 1967 HP 15).

⁶⁴ Tula v. Sadh (AIR 1962 Him Pra 28).

⁶⁵ Umrithnath Chowdhry v. Goureenath Chowdhry (13 Moo. I. A. 542).

⁶⁶ Kunwar Basant Singh v. Kunwar Brijraj Singh (AIR 1935 PC 132).

⁶⁷ Chakraborty P. Fifth and Sixth Scheduled to the Constitution of India. 2011. P. 2.

⁶⁸ The State of Nagaland & Anr vs Smti Rosemary Dzuwichu & Anr (31 July, 2012).

деральный закон «будет применяться к штату Нагаленд только в том случае, если Законодательное собрание штата в соответствии со своей резолюцией примет соответствующее решение. Такое понимание содержания статьи не только соответствует смыслу и настроению, которые закладывали в нее разработчики Конституции, но и обеспечивает максимальную самостоятельность для общины нагов... Разработчики Конституции закрепили обязательство Законодательного собрания штата Нагаленд тщательно изучить каждый общегосударственный закон». В итоге Суд не усмотрел нарушений со стороны штата. А. Моатоши, анализируя положение ст. 371А Конституции Индии, задается вопросом: означает ли роль данной статьи, что «ее положение отвергает действие ст. 14 и 15 Конституции Индии»?⁶⁹ Представляется, что в данном случае вполне применим подход, который уже находил отражение в практике Верховного суда Индии: дискриминация предполагает несение негативных последствий, в то время как определяющая роль мужчины в традиционных общинах является общепринятым правовым обычаем, который не наносит вреда женщине. Таким образом, речи о дискриминации в рамках ст. 15 Конституции в ее понимании Верховным судом Индии нет.

С учетом важной роли правового обычая в регулировании правоотношений и реализации прав в штатах Нагаленд и Мизорам вызывает интерес порядок применения обычаев при осуществлении правосудия в указанных штатах. Как отмечалось ранее, общая практика в Индии предполагает, что стороны по делу при ссылке на правовой обычай должны его доказать. Однако ввиду того, что положения Закона «О доказательствах» не могут напрямую применяться в данных штатах, возникает вопрос о необходимости доказывания правового обычая в судах на их территории. Порядок осуществления судопроизводства в штатах регламентируется их региональными законами. Так, в штате Нагаленд принят и действует Закон «Правила осуществления правосудия и деятельности полиции в штате Нагаленд»⁷⁰, а в штате Мизорам — «Правила отправления правосудия»⁷¹. В соответствии с данными законами на стороны возлагается обязанность доказать факты, которые положены в основу судебного спора, однако упоминание о доказывании обычаев отсутствует. При этом необходимо отметить, что в штатах Мизорам и Нагаленд создается особая система обычных судов, которые осуществляют разрешение споров, вытекающих из норм обычного права. Так, в штате Нагаленд в соответствии со ст. 39 Зако-

на учреждены суды деревень, районные обычные суды и суды, подчиненные районным обычным судам. Судьями судов деревень могут быть только представители данных деревень, в подчиненных районным обычным судам и районных судах судьями могут быть только лица, знающие обычаи и обыкновения, действующие на территории их подсудности. Представляется, что такие требования к кандидатам на должности судей обусловлены тем фактом, что на стороны по делу не возлагается обязанность доказывания обычая. Таким образом, именно в данных штатах правовой обычай сохраняет свою живую природу. Несмотря на то, что некоторые исследователи придерживаются мнения о необходимости кодификации обычаев в целях обеспечения эффективного правосудия в данных штатах⁷², представляется, что именно неписаный характер правового обычая при отсутствии обязанности сторон по делу доказывать его наличие значительно повышает эффективность правового обычая как средства защиты права.

Индийский опыт признания правового обычая как источника права очень неоднородный и противоречивый. С одной стороны, правовой обычай направлен на обеспечение наиболее эффективных механизмов реализации прав человека, что проявляется, например, в фактическом сосуществовании двух концепций обычного права: обычного права в рамках религиозных правовых норм, а также правовых обычаев для отдельных этнических общин. С другой стороны, общий порядок применения правового обычая в процессе защиты прав представляется достаточно сложным, не обеспечивающим эффективную судебную защиту, гарантируемую Конституцией государства. Концепция правового обычая в общем виде подразумевает официальное обычное право, однако анализ законодательства и практики показал, что живое право также находит отражение в отдельных ситуациях, а именно в тех штатах, где создаются и действуют особые обычные суды. Для правового обычая не характерна гибкость, способность изменяться в связи с существующими социальными, экономическими или иными культурными потребностями этнической общности. Такой подход полностью основан на британской системе права, обеспечивает наиболее простой способ формального соблюдения принципа верховенства права, однако представляется, что эффективность защиты прав человека значительно затруднена, что обесценивает правовой обычай. Еще одной особенностью концепции обычного права в Индии является то, что фактически государство возложило на себя обязательства по определению пределов применения обычного права для отдельных этнических и религиозных

⁶⁹ *Moatoshi Ao. Naga Customary Law Vis-à-Vis the Advent of Administration: Historical Legal Frame Work and Impact on Adjudication. Delhi, 2014. P. 176.*

⁷⁰ *The Rules for Administration of Justice and Police in Nagaland, 1974 (7 of 1974).*

⁷¹ *Administration of Justice Rules, the 7th 1953.*

⁷² Подробнее см.: *Prasad R. N., Chakraborty P. Administration of Justice in Mizoram. Mittal Publications. New Delhi, 2006. Pp. 58—60.*

общностей. Таким образом, наблюдается ситуация, когда право обращения к правовым обычаям гарантируется каждому, однако объем данного права значительно отличается: будь то представители индустриальной и мусульманской общин или жители племенных штатов Мизорам и Нагаленд и иных штатов.

Сравнительно-правовой анализ законодательства и практики в Южно-Африканской Республике и Республике Индия демонстрирует два разных подхода к обеспечению принципа верховенства права в государствах, где правовой обычай является частью правовой системы. Восприятие обычного права в этих странах принципиально отличается друг от друга: в ЮАР под обычным правом понимается живое право, отличающееся гибкостью, способностью нередко более справедливо урегулировать правоотношения, чем закон, что обеспечивается требованием его непротиворечия лишь Конституции государства. В Индии правовая система построена на английской модели, презумирующей исключительную нормотворче-

скую компетенцию государственных органов. Общая практика государства позволяет говорить о наличии факта вытеснения обычного права правом государственным, поэтому применение правового обычая ограничено требованиями его стабильности, неизменности, непрерывности. В правовой системе Индии выстроена жесткая иерархия, в которой обычай стоит ниже закона, при этом государство выделило отдельные категории населения, которые «не готовы к реформам», поэтому их права подлежат регулированию преимущественно правовыми обычаями. То есть правовой обычай фактически расценивается как некий рудимент, подлежащий постепенному исключению из правовой системы. Представляется, что подход, использованный в ЮАР, является более подходящим для государств с устоявшейся традицией правовых обычаев: он обеспечивает реальное сохранение правового обычая как явления, при этом гармонично обеспечивает соблюдение принципа верховенства права.

Библиографический список

- Allen Sir Carleton Kemp. Law in the Making. London, 1964.
 Bingham T. The Rule of Law. Penguin UK, 2011.
 Chakraborty P. Fifth and Sixth Scheduled to the Constitution of India. 2011.
 Craig P. Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework // Public Law. 1997. Vol. 21.
 Dicey A. V. Introduction to the study of the law of constitution. London, 1889.
 Fitzgerald P. J. Salmond on Jurisprudence. Bombay, 1997.
 Galanter M. The Aborted Restoration of 'Indigenous' Law in India // Comparative Studies in Society and History. Vol. 14. No. 1 (Jan., 1972),
 Gour Sir Hari Singh. The Hindu Code. Allahabad, 1973. Vol. I.
 Moatoshi Ao. Naga Customary Law Vis-à-Vis the Advent of Administration: Historical Legal Frame Work and Impact on Adjudication.
 Prasad R. N., Chakraborty P. Administration of Justice in Mizoram. Mittal Publications. New Delhi, 2006.
 Raz J. The Authority of Law: Essays on Law and Morality. Clarendon Press, 1979.
 South African Constitutional Law in Context. Oxford University Press South Africa (Pty) LTD, 2014.
 Woodman G. R. Customary Law in Common Law Systems // IDS Bulletin. 2001. Vol. 32. No. 1.
 Woodman G. R. Customary Law, State Courts, and the Notion of Institutionalization of Norms in Ghana and Nigeria // Allot A., Woodman G. R. (eds.). People's Law and State Law: The Bellagio Papers. Dordrecht, 1985.

Legal Custom in the Concept of the Rule of Law in India and the South African Republic (Comparative Legal Study)

S. S. Kuznetsova

Ural State Law University, Yekaterinburg 620137, Russian Federation

E-mail: kss001@usla.ru

DOI: 10.12737/jflcl.2020.040

The concept of the rule of law is usually considered in the framework of acts of state authorities, which formulates the criteria of legality and legal certainty. In many countries of Africa, Asia and the Caribbean a custom is based on the traditions of individual ethnic communities and still is recognized as a source of law. Its unwritten character raises the question of its ability to enforce the rule of law.

The aim of the study is to identify mechanisms to ensure the rule of law in states with existing legal customs.

Research methods: analysis, induction, deduction, systemic, formal legal and comparative legal. The study examines the concept of the rule of law in two multi-ethnic states — India and the South African Republic. It conducts a comparative legal analysis of legislation and judicial practice in order to determine the role of legal custom, the procedure for its application in the process of implementation and protection of human rights.

It is concluded that the states in question have chosen various concepts of customary law. The South African Republic has a doctrine of living customary law, which, because of its flexibility, has the potential to ensure the effective implementation of human

rights. In India the concept of legal custom originates in the English legal doctrine, therefore custom as a general rule is subject to recognition by the state through its judiciary. Recognition of official customary law in India makes it possible in the simplest way to ensure compliance with such criteria of rule of law as legality and legal certainty. At the same time, the state does not completely abandon living customary law, but its effect is recognized in relation to certain groups of the population. The practice of living customary law is criticized from the standpoint of ensuring the rule of law, since its application often violates the principle of equality. In the Republic of South Africa, the rule of law is ensured by living customary law through the natural potential of the ethnic community to self-regulation.

Keywords: official customary law, living customary law, law of indigenous people, Hindu law, Muslim law.

For citation: Kuznetsova S. S. Legal Custom in the Concept of the Rule of Law in India and the South African Republic (Comparative Legal Study). *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya* = *Journal of Foreign Legislation and Comparative Law*, 2020, no. 5, pp. 35—47. DOI: 10.12737/jfcl.2020.040 (In Russ.)

References

- Allen Sir Carleton Kemp. Law in the Making. London, 1964.
- Bingham T. The Rule of Law. Penguin UK, 2011.
- Chakraborty P. Fifth and Sixth Scheduled to the Constitution of India. 2011.
- Craig R. Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework. *Public Law*, 1997, vol. 21.
- Dicey A. V. Introduction to the study of the law of constitution. London, 1889.
- Fitzgerald P. J. Salmond on Jurisprudence. Bombay, 1997.
- Galanter M. The Aborted Restoration of 'Indigenous' Law in India. *Comparative Studies in Society and History*, 1972, vol. 14, no. 1.
- Gour Sir Hari Singh. The Hindu Code. Allahabad, 1973. Vol. I.
- Moatoshi Ao. Naga Customary Law Vis-à-Vis the Advent of Administration: Historical Legal Frame Work and Impact on Ajdication. Delhi, 2014.
- Prasad R. N., Chakraborty P. Administration of Justice in Mizoram. Mittal Publications. New Delhi, 2006.
- Raz J. The Authority of Law: Essays on Law and Morality. Clarendon Press, 1979.
- South African Constitutional Law in Context. Oxford University Press South Africa (Pty) LTD, 2014.
- Woodman G. R. Customary Law in Common Law Systems. *IDS Bulletin*, 2001, vol. 32, no. 1.
- Woodman G. R. Customary Law, State Courts, and the Notion of Institutionalization of Norms in Ghana and Nigeria. In Allot A., Woodman G. R. (eds). *People's Law and State Law: The Bellagio Papers*. 1985.