

Кристофер Осаке

доктор юридических наук, профессор, директор Центра сравнительного права им. Исон-Вейнмана при Тюлейнском университете (США)

АМЕРИКАНСКАЯ ПРАВОВАЯ КУЛЬТУРА: РОДОВАЯ СПЕЦИФИКА И ОТРАСЛЕВЫЕ РАЗНОВИДНОСТИ

K. Osakwe

AMERICAN LEGAL CULTURE: GENERIC CHARACTERISTICS AND SUBGENERIC PERMUTATIONS

As a species of Western legal culture, American legal culture shares common generic characteristics with other national legal cultures within Western legal tradition. A taxonomic analysis of American legal culture reveals that it is an Americanized (constitutionalized) variety of English legal culture with which it teams us to form an Anglo-American subgenus within the family of Western legal culture. As a social phenomenon, American legal culture crystallized through an evolutionary process which synthesized three organic elements, i.e., the moral principles of protestantism, the philosophical postulates of puritanism and the core doctrines of the U.S. Con-

stitution. The quintessence of American legal culture is encapsulated in its two axioms, i.e., «equal justice under law» and «ours is a government of laws and not of men». Within this legal culture there are various subspecies with their own divisional (sectorial) permutations of the common subspecies. In addition to fleshing out the twelve philosophical cornerstones of Western legal culture and highlighting the fundamental differences between Anglo-American and Romano-Germanic legal cultures, this article also examines the substance of two illustrative subspecies within American legal culture, i.e., American tort and contract subcultures.

1. Правовая культура, правовая система и правовая традиция: понятие, определение и соотношение

Право есть нормативное выражение истории, психики, психологии, традиции и культуры каждого народа. В этом смысле нет и не может быть двух идентичных национальных правовых систем в мире. Из этой аксиомы современной компаративистики следует тот очевидный факт, что существуют симбиозные отношения между правом и культурой. Культура влияет на развитие права; право, в свою очередь, влияет на развитие культуры. Именно ту культуру, которая возникает в результате взаимодействия права и национальной культуры, мы называем правовой культурой. Современная американская правовая культура берет свои глубокие корни из трех исторических источников — моральных принципов протестантизма, философских постулатов пуританизма и руководящих норм американской Конституции 1787 г. Влияние этого третьего источника на образование американской правовой культуры и отличает ее от английской правовой культуры,

т. е. от правовой культуры «старшего брата» американского права в семье англо-американского права.

Чтобы перейти к основательному рассмотрению формы и содержания современной американской правовой культуры, необходимо, прежде всего, уточнить исходные понятия, применяемые в данном анализе. В качестве основополагающих аналитических понятий современной компаративистики выступают следующие категории: «правовая традиция», «правовая семья», «правовая система», «национальная правовая система», «система права», «правовая культура», «правосознание» и «законопослушность». Под правовой традицией понимается глубоко укоренившееся в сознании людей и их исторически обусловленное отношение к роли права в обществе, природе права и политической идеологии, а также к организации и функционированию правовой системы в целом¹. То есть «правовая традиция» понимается как классификационная категория. На основании этого определения и применяя критерии, содержащиеся в нем, современная компаративистика делит все существующие нерелигиозные право-

¹ См.: Осаке К. Сравнительное правоведение в схемах: общая и особенная части. 2-е изд. М.: Дело, 2002. С. 61.

вые традиции на две группы: западную и внезапную. Между этими двумя антиподами находится смешанная правовая традиция, носящая название «квази-западная». В каждую правовую традицию входят сходные правовые семьи. В свою очередь, «правовая семья» понимается как совокупность национальных правовых систем, выделенных на основе общности признаков и черт². Таким образом, «под «правовой семьей» понимается более или менее широкая совокупность национальных правовых систем, объединенных общностью исторического формирования, структуры, источников, ведущих отраслей и правовых институтов, правоприменения, понятийно-категориального аппарата юридической науки»³.

Согласно данному определению и применяя предложенные в нем критерии, современная компаративистика выделяет религиозные (т. е. мусульманское, еврейское, каноническое и индуистское право) и нерелигиозные (т. е. западное, квази-западное и внезапное) правовые системы. В свою очередь, западное право (т. е. западная правовая традиция) делится на романо-германское (цивильное, континентально-европейское), англо-американское (общее) и скандинавское (северо-европейское) право⁴. В современной компаративистике понятия «правовая семья» и «правовая система» синонимичны. При этом «правовая система» понимается как в его узком понимании (т. е. как национальная правовая система), так и в широком (как синоним правовой семьи). Под национальной правовой системой понимается право отдельного государства, т. е. совокупность отраслей и институтов материального права, отдельных видов процессуального права, механизмов правотворчества и правоприменения, инфраструктуры права, правового стиля и правовой культуры в этом государстве. Также следует отличать понятие «правовая система» от граничащего с ним, но совершенно отдельного понятия «система права». «Система права — понятие структурно-институциональное; оно раскрывает взаимосвязь, соотношение и строение отраслей права, что определяется объективными и субъективными факторами»⁵.

Из предлагаемых дефиниций следует, что понятие национальной правовой системы более узкое и входит в состав рамочного понятия правовой системы, что понятие правовой системы и

правовой семьи синонимичны, что классификационное понятие правовой системы отличается от структурно-национального понятия системы права и, наконец, что понятие правовой культуры есть составная часть, т. е. характерообразующий, составляющий элемент национальной правовой системы. Что же такое правовая культура, и чем она отличается от понятия правосознания? Из чего она состоит? Каково соотношение между понятиями «правовая культура», «правосознание» и «законопослушность»? Каковы основные источники правовой культуры отдельно взятой национальной правовой системы? Как она создается? Чем отличается американская правовая культура от правовой культуры любой другой страны, входящей в группу западной правовой традиции? Эти и другие вопросы рассматриваются в следующих разделах данной статьи.

2. Западная правовая культура: дефиниция, критерии и микроклассификация

Культура в ее общем понимании — это совокупность достижений человечества в производственном, общественном и умственном отношении⁶, т. е. это совокупное достижение человеческого общества в производственной, общественной и духовной жизни⁷. По отдельным признакам классификации выделяются разные виды культуры — материальная, духовная, религиозная, правовая и др. Именно правовая культура является объектом данного исследования. По своему содержанию, предметности и регламентируемым общественным отношениям правовая культура концептуально отличается от всех других видов культуры. Под правовой культурой понимается совокупность институтов, приемов, процессов и поведенческих норм, направленных на обеспечение оптимального функционирования правового государства⁸ и внедрение всеобщего доверия граждан к праву. Следует отметить, что, исходя из предлагаемого определения правовой культуры, она шире соприкасающегося понятия правосознания и концептуально отличается от него. В то время как правосознание дает лишь стандарт поведенческих норм для граждан, правовая культура устанавливает, наряду со стандартом поведенческих норм для граждан, выстроенные ин-

² См.: *Осакве К.* Указ. соч. С. 56.

³ См.: *Саидов А. Х.* Сравнительное правоведение: основные правовые системы современности: Учебник. 2-е изд. М.: Юристъ, 2007. С. 237.

⁴ См.: *Осакве К.* Указ. соч. С. 57.

⁵ *Саидов А. Х.* Указ. соч. С. 236.

⁶ См.: *Ожегов С. И.* Словарь русского языка. 24-е изд., испр. М.: ОНИКС, 2007. С. 218.

⁷ См.: *Евгеньева А. П., Разумникова Г. А.* (ред.). Словарь русского языка. Т. 2. 4-е изд., стереотипное. М.: Русский язык, 1999. С. 148.

⁸ Понятие и критерии правового государства рассматриваются в книге: *Осакве К.* Указ. соч. С. 92.

ституты, процессы и приемы, сдерживающие само государство от отклонения от принципов верховенства права. То есть поведенческие нормы правовой культуры предназначены и для воспитания культуры уважения к праву у граждан, и для воспитания самого государства в духе соблюдения норм верховенства права. Иными словами, в круг общественных отношений, регламентируемых нормами правовой культуры, входят и поведение граждан, и поведение самого государства. Соответственно, уровень культуры граждан и самого государства измеряется их верностью праву.

При этом правосознание есть важный составляющий элемент правовой культуры. Под правосознанием понимается исторически сложившееся в обществе совокупное осознание членами данного общества роли права в общественной жизни. Как общественный феномен, правосознание измеряется уровнем умственного восприятия каждым членом общества роли права в его общении с другими членами общества. Иными словами, правосознание — это проявление умственного отношения каждого члена общества к роли права в обществе. Оно проявляется в личных и в деловых отношениях, в частной жизни и общественной жизни каждого человека, в принимаемых им простейших повседневных решениях (например, ехать или не ехать на красный свет в 3.00 часа утра, что делать при желтом свете светофора — уменьшить скорость и затормозить или прибавить скорость и успеть проехать до появления красного света, переходить или не переходить дорогу в неполюженном месте) и в сложнейших деловых решениях (например, платить или не платить налог в должном размере, вернуть или не вернуть неосновательно приобретенное обогащение его собственнику). Процесс культивирования навыков правосознания у каждого члена общества начинается с раннего возраста и продолжается в течение всей жизни. В данном анализе понятия «правосознание» и «законопослушность» синонимичны.

В западной правовой традиции есть своя собственная правовая культура, что и отличает ее от нигилистской правовой культуры незападной правовой традиции. В западной правовой традиции выделяются три типа правовой культуры — англо-американская, романо-германская и скандинавская. Отдельные компоненты правовой культуры англо-американского права в основном базируются на традиционных англо-американских принципах легализма и пуританизма, в то время как отдельные компоненты правовой культуры романо-германского права базируются на интерпретациях Папой Римским канонического

права католической церкви. Между этими двумя разновидностями западной правовой культуры есть и общность, и различие, причем существенное различие. Также внутри англо-американской правовой культуры есть две подгруппы — английская и американская. У американской правовой культуры есть своя специфика, своя идеосинкразия, свои особенности, что в совокупности и отделяет американскую правовую культуру от соприкасающейся и родственной английской правовой культуры.

В современной компаративистике выделяют некоторые объективные критерии для определения содержания западной правовой культуры⁹. Среди них можно указать 12 основополагающих принципов истинной западной правовой культуры: прозрачность (гласность) законодательного процесса, прозрачность (гласность) судебного процесса, оперативность опубликования всех принятых нормативных актов и поправок к ним, стабильность и правопреемство решений государственных органов и ведомств, непреложное исполнение контракта сторонами, полное доверие гражданина к правовым институтам и готовность обратиться к праву в личных и деловых отношениях, стабильность и предсказуемость законов, юридическая грамотность населения, свобода информации (т. е. общедоступность правовой информации), законопослушность населения (т. е. правосознание), признание самостоятельности и независимости юридической профессии, а также роли юриста как гаранта прав и свобод граждан. Как видно из этого перечня, субъектом некоторых из этих правил поведения является государство, субъектом же остальных — гражданин. Теперь перейдем к краткому изложению содержания каждого из этих 12 принципов западной правовой культуры.

Принцип прозрачности законодательного процесса означает, что: общество в целом должно иметь доступ к законодательным органам, работа законодательных органов должна освещаться в средствах массовой информации, граждане должны знать об этапах прохождения каждого законопроекта от его внесения до его окончательного принятия. Законодательный процесс может быть закрытым, лишь если рассматриваемый законопроект затрагивает интересы национальной безопасности. Этот принцип (правило поведения) обязывает само государство сделать законодательный процесс прозрачным. В свою очередь, принцип прозрачности судебного процесса означает, что: простой гражданин должен иметь доступ в суд, т. е. зайти в зал судебного заседания и наблюдать весь процесс, громкие судебные дела должны быть освещены в средствах массовой ин-

⁹ См.: Осаке К. Указ. соч. С. 93.

формации. Судебный процесс может быть закрытым для широкой публики, только если рассматриваемое дело затрагивает интересы национальной безопасности, относится к государственной тайне, тайне личности или семейной жизни участников процесса. Как и предыдущий принцип, данное правило поведения обязывает само государство обеспечить прозрачность судебного процесса. Принцип неприкосновенности частного договора от вмешательства со стороны третьих лиц означает, что третье лицо, в том числе государство, не должно вмешиваться в частные договорные отношения, даже если такое вмешательство требуется для защиты права одной из сторон в договоре. Правовая система должна разрабатывать другие механизмы для защиты прав слабых сторон в договоре. Такие механизмы не должны включаться в список способов прямого вмешательства государства в частные договорные отношения. Принцип оперативного опубликования всех нормативных актов обязывает государственную власть незамедлительно опубликовывать все вновь принятые нормативные акты (т. е. законы, подзаконные акты, указы и т. д.) и поправки к этим актам. Принцип презумпции знания закона имеет смысл лишь тогда, когда все законы опубликованы и рядовой гражданин имеет доступ к этим публикациям.

Принцип стабильности и правопреемства решений государственных органов и ведомств означает, что принятое государственным органом или ведомством решение не должно меняться лишь по причине того, что в руководстве того органа, который принял соответствующее решение, имели место какие-либо изменения. Следовательно решения государственных органов и ведомств должны быть деперсонифицированы, что и обеспечивает их стабильность. Данное правило поведения обязывает само государство обеспечить стабильность решения государственных органов и ведомств. Принцип *pacta sunt servanda* означает, что стороны в договоре должны непременно выполнить их обязательства по добровольно заключенным договорам. Договор в любом его понимании — либо как соглашение, либо как обещание¹⁰ — теряет свой смысл, если контрагенты не будут выполнять его согласованные условия. Западная правовая культура требует, чтобы каждый гражданин имел полное доверие к правовым институтам, особенно к судам, и чтобы гражданин, у которого возникла юридическая проблема, был готов обратиться к правовым способам ее разрешения. Склонность граждан прибегать к не правовым методам для разрешения юридических проблем (например, к политическим или незакон-

ным методам) свидетельствует о низком уровне правовой культуры в данном обществе.

Принцип стабильности и предсказуемости законов означает, что принятое законодательство не должно часто меняться. Особенно этот принцип относится к коммерческому законодательству. Рынок требует стабильности законов, регулирующих рыночные отношения. Закон, который часто меняется, не достоин даже той бумаги, на которой он написан. Субъектом этого восьмого поведенческого правила является само государство. Девятый принцип в нашем списке — юридическая грамотность населения. Лишь при всеобщей юридической грамотности населения рядовой гражданин может знать свои права и как их защитить от посягательств со стороны других частных лиц или государственной власти. Мудрость этого принципа отражает афоризм «кто не знает своих прав, тот их не имеет». Принцип свободы информации предназначен для обеспечения прав граждан на правовую информацию. Для воплощения этого принципа в жизнь требуется принятие трех взаимодействующих законов: «О свободе информации», «Об открытых совещаниях государственных органов исполнительной власти» и «Об открытых слушаниях по принятию некоторых регламентарных решений». Этот принцип дополняет предыдущие принципы о прозрачности законодательного и судебного процессов. Непосредственным субъектом этого поведенческого правила является само государство.

Укоренившееся мнение о роли юриста как гаранта прав и свобод граждан является элементом истинной западной правовой культуры. Именно юрист в своей профессиональной деятельности выступает в качестве защитника прав граждан во всех правовых процессах, где разрешаются юридические споры — в судебных процессах, в административных процессах, в арбитражных процессах, в третейских процессах и в иных досудебных негосударственных процессах, в том числе в медиаторских процессах. Чтобы подчеркнуть важность роли юриста в системе западной правовой культуры, его принято называть лучшим другом человека. Данное одиннадцатое поведенческое правило и обязывает само государство уважать независимость юридической профессии, а также призывает граждан доверять юристам все свои юридические проблемы. Еще одним в списке объективных критериев для определения содержания западной правовой культуры является принцип законопослушности населения. Согласно этому принципу от каждого гражданина требуется непоколебимое, безусловное и безоговорочное уважение к праву. Каждый член обще-

¹⁰ В то время как в романо-германском праве договор рассматривается как соглашение, в англо-американском праве договор рассматривается как обещание. Более подробно см.: *Осаке К.* Экономико-философская интерпретация договора в англо-американском общем праве: либеральная теория договора // Журнал российского права. 2004. № 9. С. 91.

ства должен осуществлять всю свою деятельность — личную и деловую — в рамках права. Именно в этом принципе отражается фундаментальное философское расхождение в позициях, занимаемых романо-германской и англо-американской правовой культурой. Полное раскрытие содержания этого принципа и сути расхождения в позициях романо-германской и англо-американской правовой культуры содержится в следующем разделе данной работы.

3. Англо-американская и романо-германская правовая культура: философские антиподы

По принципу законопослушности населения романо-германская правовая культура занимает абсолютно противоположную позицию по сравнению с англо-американской правовой культурой. Это объясняется тем, что у этих двух ветвей западной правовой культуры совершенно разные концепции права, абсолютно разные толкования понятия «правопонимание» и, соответственно, противоположные представления о законопослушности граждан. В основе романо-германского понимания принципа законопослушности населения лежат сопоставимые понятия «право» и «закон» и соотношение между ними. На всех языках романо-германского права, т. е. на всех европейских языках, кроме английского, существуют два слова для обозначения понятий «право» и «закон» — на французском это «droit» и «loi», на испанском это «derecho» и «ley», на итальянском это «diritto» и «legge», на немецком это «recht» и «gesetz», на латинском это «ius» и «lex». В этих системах мышления закон не отождествляется с правом, а представляет лишь основной источник права. Согласно данному правопониманию суд не создает право, а лишь толкует закон и применяет его к конкретным спорам. Соответственно, решение суда не только не отождествляется с правом, но оно даже не считается источником права. Наоборот, англо-американская правовая культура занимает совершенно противоположную позицию по вопросам соотношения закона и права и судебного решения и права. На языке англо-американского права, т. е. на английском, концепция «law» имеет четыре разновидности: statutory law (статутное право, закон), case law (судебное право, судебный прецедент), common law (общее право, основополагающие принципы права) и private law of the parties (частное право сторон, т. е. договор, заключенный между частными лицами). Прямым результатом этого расхождения в смысловом понимании концепции «права» является то, что в романо-германской правовой культуре принцип законопослушности населения применяется в узком контексте, т. е. по отношению именно к закону. В англо-американской пра-

вовой культуре принцип законопослушности населения понимается в его более широком смысле, т. е. в отношении всех разновидностей права.

Кроме этого, расхождение между романо-германской и англо-американской правовой культурой проявляется и в вопросе о содержании предписания самого закона, т. е. в вопросе о том, как гражданин понимает предписание закона и воспринимает его приказы. По вопросу о восприятии предписаний закона гражданином (perception of law as a sovereign command) в западной правовой культуре выделяются две противоположные модели: модель «усмотрительного правосудия» (discretionary justice model) и модель «нормативного правосудия» (normative justice model). Модель усмотрительного правосудия применяется в правовой культуре романо-германского права, а модель нормативного правосудия — в правовой культуре англо-американского права. Согласно доктрине усмотрительного правосудия в романо-германской правовой культуре закон понимается как «усмотрительное приказание» (discretionary command), как «суверенное увещание» (sovereign exhortation), «выражение идеального образа поведения» (expression of an ideal pattern of behavior), «представление о безупречном поведении в идеальном обществе» (a vision of a perfect behavior in an ideal community), «нормативное описание того, как человек вел бы себя, если бы люди были ангелами» (a normative description of the way things would work if all men were angels). Предполагается, что средний человек не в состоянии всегда и во всех ситуациях вести себя в соответствии с теми высокими стандартами, которые установил закон. Так как жизненные ситуации бывают довольно сложными, то понятно, что невозможно, чтобы все люди во всех ситуациях вели себя строго по предписаниям закона. Соответственно, соблюдение предписаний закона в зависимости от каждой конкретной ситуации остается на усмотрение каждого человека. Иными словами, в этой правовой культуре закон оставляет на усмотрение гражданина решать для себя, исходя из совокупности обстоятельств каждой ситуации, будет он соблюдать или нет предписания закона.

Данная правовая культура не ожидает от граждан строгого соблюдения предписаний закона во всех ситуациях и не приказывает правоохранительным органам обеспечить стопроцентное соблюдение закона всеми гражданами во всех ситуациях. Соответственно, правоохранительные органы, исходя из совокупности фактических обстоятельств, сами принимают решения по каждому конкретному делу, принудить или не принудить к соблюдению предписаний закона. В этой правовой культуре публичная власть издает законы, но готова простить или вообще не заметить их нарушение гражданами. В данной правовой

культуре решение принудить или нет и когда принудить к общему соблюдению предписаний закона оставляется на усмотрение правоохранительных органов. В соответствии с этой философией, Министерство юстиции в Италии первоначально носило название Министерство юстиции и милости (Ministry of Justice and Grace). В этой правовой культуре закон уважается больше всего его нарушением, чем его соблюдением; обход предписания закона превращается из отклонения от нормы в нормальное поведение; несоблюдение предписания закона превращается из исключения из общих правил поведения в привычное поведение. Суть этой правовой культуры отражается в следующих двух ее аксиомах, т. е. «справедливость начинается там, где закон кончается» (*justice begins where the law ends*), «закон создан для человека, а не человек для закона» (*laws are made for man and not man for the law*).

Данная теория правопонимания была разработана под влиянием интерпретации канонического права католической церкви Папой Римским. Наглядным примером такого подхода к правопониманию является позиция, занимаемая Римской католической церковью по вопросу о допуске гомосексуалистов к службе священником. Каноническое право прямо запрещает допуск гомосексуалистов к службе священником римской католической церкви. Папа Римский издал толкование этого правила, согласно которому введена градация гомосексуалистов. В соответствии с этим толкованием, все гомосексуалисты делятся на активных и пассивных, реформированных и тех, которые в течение трех лет не занимались мужеложством, тех, кто одобряет или не одобряет образ жизни гомосексуалиста и т. д. Этим толкованием римская католическая церковь обошла полный запрет допуска гомосексуалистов к службе священником католической церкви. Получается, что предписание канонического права католической церкви говорит одно, но его понимание и восприятие правоохранительным органом католической церкви совершенно другое. В этой ситуации Папа Римский действовал именно так, как действовало бы итальянское Министерство юстиции и милости.

Следует отметить, что вышеописанная модель усмотрительного правосудия применяется не в одинаковой мере во всех странах романо-германского права. Она находит свое воплощение в тех странах, где влияние римской католической церкви довольно сильное, т. е. во Франции, Италии, Испании, Португалии и в Латинской Америке. Эта модель присутствует лишь в ослабленном виде в тех странах, где протестантизм оказал большое влияние на правовую культуру страны, т. е. особенно в Германии и Австрии. Позиции этих двух стран романо-германского права по

данному вопросу ближе к позиции англо-американского права.

В правовой культуре англо-американского права применяется модель нормативного правосудия, согласно которой предписание права рассматривается как нормативное правило поведения, которое должно соблюдаться всеми гражданами постоянно и во всех ситуациях. Тем самым предписания права устанавливают жесткие правила поведения, которые не предусматривают никаких исключений или отклонений. В этой правовой культуре соблюдение предписаний права не оставляется на усмотрение граждан и не ставится в зависимость от совокупности фактических обстоятельств конкретной ситуации. Согласно данной теории правоохранительные органы не уполномочены «смотреть в сторону», если предписание права нарушено любым лицом, независимо от совокупности фактических обстоятельств конкретной ситуации. Доктрина конкретного правосудия требует строгого соблюдения предписания права всеми гражданами при любых обстоятельствах и в любое время. Данное англо-американское правопонимание состоит из четырех факторов: строгого формализма и определенности правила поведения (*rigid formalism and certainty of the rules of conduct*), ожидания универсального соблюдения предписания права (*expectation of universal compliance with legal rules*), равного принуждения всех граждан к соблюдению предписания права со стороны правоохранительных органов (*uniformity of enforcement of the law by law enforcement agencies*) и предсказуемости последствия нарушения предписания права (*predictability of the consequence of any violation of the law*).

Данное правопонимание в правовой культуре англо-американского права было разработано под влиянием моральных принципов протестантизма в целом и пуританизма (т. е. версии протестантизма 16—17 вв. в английской церкви) в частности. Суть данной правовой культуры раскрывается в содержании ее двух аксиом: «*equal justice under law*» (равное правосудие в соответствии с правом) и «*ours is a government of laws and not of men*» (наше управление — управление права, а не людей).

Строгость доктрины нормативного правосудия в правовой культуре англо-американского права иллюстрируется следующими примерами из судебной практики.

Пример 1. Согласно правилам уличного движения красный свет означает, что все водители должны остановиться независимо от времени суток и ситуации на дороге (полдень, час пик, три часа утра, даже если на перекрестке нет другой автомашины). Согласно этим же правилам желтый свет означает, что водитель должен уменьшить скорость и подготовиться затормозить вне

зависимости от времени суток, погодных условий или времени года. Малейшее нарушение этого правила поведения строго карается.

Пример 2. Налоговое законодательство требует, что все налогоплательщики должны в указанный срок представить свои налоговые декларации и оплатить все положенные налоги по положенным ставкам. Исключения из этого всеобщего обязательства содержатся только в самом налоговом законодательстве. Любое уклонение от уплаты налога строго карается законом.

Пример 3. Законодательство об авторских правах обязывает всех лиц уважать интеллектуальную собственность авторов, т. е. не продавать и не покупать пиратские копии интеллектуальной собственности авторов. Это же законодательство не дает права лицам, в том числе библиотекарям, студентам или преподавателям делать ксерокопию целой книги согласно доктрине «fair use». Малейшее нарушение этого правила всеобщего поведения карается законом.

Пример 4. Автомобильное законодательство обязывает всех лиц не водить автомашину без действующих водительских прав или без страхования автогражданской ответственности. Это же законодательство обязывает всех водителей и пассажиров, сидящих на передних сидениях, пристегивать ремни безопасности, когда автомашина находится в движении на проезжей части. Малейшее нарушение этого правила поведения строго карается законом.

Пример 5. После широкомасштабных разрушений, причиненных ураганом Катрина в американском штате Луизиана, многие волонтеры, в том числе врачи и другие медицинские работники, прилетели в Луизиану, чтобы оказать скорую медицинскую помощь пострадавшим и эвакуировать больных. Соответствующие законы штата требуют разрешения Минздрава штата Луизиана для оказания помощи больным на территории данного штата, разрешения Минздрава штата Луизиана для установления медпункта, где будет оказана медпомощь больным на территории штата, обыскивать пассажиров перед тем, как пропустить их на борт самолета или вертолета на наличие оружия или других запрещенных предметов, страхования гражданской ответственности всех лиц, намеренных осуществлять перевозки пассажиров на территории данного штата на лодках или вертолетах. В связи с чрезвычайностью сложившейся ситуации, возник следующий вопрос: можно ли обойти все эти предписания действующего закона ради спасения жизней пострадавших? Ответ незамедлительно последовал от государственной власти штата Луизиана, и ответ был предсказуемый и однозначно отрицательный.

В разъяснении своего решения государственная власть штата Луизиана дала два обоснования: лучше допустить возможность смерти пострадавших от урагана, чем обойти вышеуказанные предписания права; непоколебимое уважение применения права является высшей ценностью по отношению к спасению жизни пострадавших. Последний пример является ярким проявлением англо-американской доктрины нормативного правосудия. Очевидно, что если бы исполнение вышеназванных законов штата Луизиана было поручено итальянскому Министерству юстиции и милости или Папе Римскому, было бы принято совершенно другое решение по данному делу.

4. Современная американская правовая культура: общая квинтэссенция и отраслевые особенности

Сохраняя свою общую квинтэссенцию (сущность которой мы рассмотрели в разд. 3 и 4 данной работы), американская правовая культура проявляется также в разных отраслевых видоизменениях, среди которых выделяется договорная, деликтная, корпоративная (регламентирующая поведение участников в корпоративных правоотношениях), кондикционная и фидуциарная (регламентирующая поведение участников в доверительных правоотношениях, т. е. в отношениях, которые основаны на доверии, например, в отношениях между адвокатом и клиентом) культура. В данной работе будут рассматриваться две из этих отраслевых разновидностей общей американской правовой культуры, т. е. деликтная и договорная.

а) *Американская деликтная культура: сутяжническая склонность*

Современное американское деликтное право¹¹ функционирует на фоне особой деликтной культуры. Под американской правовой культурой понимается совокупность поведенческих норм, побуждающих и направляющих поведение американца, оказавшегося в деликтогенной ситуации, т. е. сочетание тех норм, создающих устойчивую привычку *homo americanus* и определяющих его природную (врожденную) реакцию при причинении ему внедоговорного вреда. В основе этих норм лежат философские догмы всеобщей американской правовой культуры, разновидностью которых они являются.

Уникальность данной деликтной культуры базируется на следующих семи содействующих факторах: параноидальной склонности прибегать к судебному иску за причинение малейшего неудобства, дискомфорта и зловредности или проявления малейшего несовершенства в сфере пре-

¹¹ Сущность и основные принципы современного американского деликтного права рассматриваются в книге: Emanuel S. L. Emanuel Law Outlines: Torts. 6th ed. Aspen Publishers, New York. 2001.

доставления платных профессиональных услуг; института условного адвокатского гонорара, выплачиваемого в зависимости от результата судебного дела; института классового иска; системы суда присяжных заседателей; чрезмерности размера суммы присуждаемых убытков в деликтном иске; страхуемости риска деликтной ответственности; выстроенной системы сдержек и противовесов. Суть современного американского деликтного права раскрывается лишь на фоне понимания этих содействующих семи факторов. Перейдем к рассмотрению каждого из вышеперечисленных факторов.

Американская деликтная культура находит свое воплощение в общественном феномене, который называется «сутяжническая паранойя» (*litigious paranoia*), суть которого заключается в параноидальной склонности прибегать к судебному иску за причинение истцу малейшего неудобства или проявления малейшего несовершенства в сфере предоставления платных профессиональных услуг. В связи с этим, любой американец с момента, когда он проснулся, до момента, когда он ложится спать, есть потенциальный ответчик в грозящем иске против него. Любой пациент есть потенциальный истец против своего лечащего врача. Любой клиент есть грозящий истец против своего адвоката. Любой член семьи есть потенциальный истец против другого члена семьи. Любой студент есть потенциальный истец против своего вуза или своего преподавателя. В основе американского деликтного права¹² лежит презумпция, что каждый человек существует как самостоятельный остров, каждый член общества живет на своем острове, каждый остров должен себя вести так, чтобы не причинять вред другому острову. В данной культуре, если остров (А) причиняет вред (т. е. малейшее неудобство, дискомфорт или зловредность) другому острову (Б), то (Б) незамедлительно подает иск против (А) и потребует возмещения убытков и даже компенсации морального вреда.

Параноидальной склонности среднестатистического американца прибегать к судебному иску для разрешения малейшего вторжения на его остров способствует американский феномен, носящий название *contingency fee arrangement* (соглашение об условном адвокатском гонораре). Согласно этому институту адвокат дает согласие вести судебное дело, не получая заранее никакой оплаты за его услуги от клиента, при этом он еще из своего кармана оплачивает все расходы, связанные с ведением данного дела. Но адвокат сохраняет за собой право удерживать часть (вплоть до 40 процентов) суммы присуждаемых убытков

в данном деле, если он выигрывает дело. Если же адвокат проиграл дело, он берет на себя все связанные с ним расходы. Иными словами, благодаря этому институту гонорара успеха, американский истец в деликтном деле не потратит ни цента из своего кармана в связи с предъявлением иска против того ответчика, который вторгся на его остров.

Институт классового иска (*class action*)¹³ содействует современной американской деликтной культуре тем, что он облегчает процедуру соединения деликтных исков, в которых участвует большое количество потерпевших. Инициатором подобного классового иска является вызвавшийся сам адвокат, который обычно берется за это дело на условиях соглашения об условном адвокатском гонораре. Еще одно содействующее американской деликтной культуре явление — это система суда присяжных заседателей (*jury system*). Согласно данной системе все вопросы факта (*all questions of fact*), представленные в деликтном иске, решаются не председательствующим судьей, а 12 обыкновенными гражданами-заседателями. Этот фактор также объясняет чрезмерность размеров суммы присуждаемых убытков в американских деликтных исках. Деликтный иск дает жюри удобную трибуну, с которой можно сурово наказать тех, кто вторгается на чужой остров. В свою очередь, чрезмерность суммы присуждаемых убытков в американских деликтных исках объясняется тем, что ответчик застрахован против риска деликтной ответственности. Соответственно, хотя решение жюри направлено против ответчика, на самом деле присуждаемые суммы в иске оплачивает не сам ответчик, а страховщик ответчика. Для того, чтобы граждане не злоупотребляли возможностью, предоставленной им деликтным правом, существует выстроенная система сдержек и противовесов. Согласно данной системе любое злоупотребление способом защиты, предоставленным деликтным правом, сурово карается. Эта система сдерживает простых граждан от предъявления совершенно бесперспективных деликтных исков. Явное злоупотребление деликтным правом карается разными способами, но обычно используется форма ответного деликтного иска от лица, против которого был предъявлен первоначальный бесперспективный иск. Так, например, в американской системе сингулярных деликтов (*system of nominate torts*) следующие действия считаются деликтами: вредоносное предъявление бесперспективного иска с целью вымогательства внесудебного денежного мирового соглашения от ответчика (*wrongful civil proceedings*), злоупотребление приемами граждан-

¹² Для определения «деликта» в англо-американском праве см.: *Emanuel S. L. Op. cit. P. 1, l.*

¹³ Для подробного рассмотрения понятия *class action* в современном американском праве см.: *Осакве К. Классовый иск (class action) в современном американском гражданском процессе // Журнал российского права. № 3. 2003. С. 137—146.*

ского процесса (abuse of process), злостное подстрекательство к возбуждению уголовного дела против невинного человека (wrongful inducement of criminal prosecution). То есть можно подавать иск, сколько желаете, но не забудьте, что за злоупотребление правом подавать иск вам грозит суровая гражданско-правовая ответственность. Данная американская сутяжническая деликтная культура фундаментально отличается от спокойной деликтной культуры отдельных стран романо-германского права.

б) *Американская договорная культура: анти-сутяжническая склонность*

Американское договорное право¹⁴ функционирует на фоне специфической договорной культуры. Под американской договорной культурой понимается совокупность поведенческих норм, руководящих поведением контрагентов на всех стадиях их договорных отношений, т. е. сочетание тех норм, которые определяют образ действий сторон в договоре на преддоговорной, договорной и постдоговорной стадиях. В основе этих норм лежат краеугольные принципы всеобщей американской правовой культуры, разновидностью которой они являются.

В отличие от сутяжнической деликтной культуры, которая тесно взаимосвязана с судебным процессом и находит свое воплощение именно в предъявлении судебного иска, т. е. исковой культуре (lawsuit culture), американская договорная культура непременно направлена на избежание судебного иска и вообще на избежание любого контакта с судебной системой. Данная культура находится исключительно под контролем контрагентов и, в силу механизма самоуправления, не поощряет вмешательства со стороны третьего лица на любой стадии отношений между контрагентами, т. е. на преддоговорной, договорной или постдоговорной стадиях этого отношения. Иными словами, американская договорная культура является несутяжнической, внесудебной, самоуправляемой. Она построена на основе добросовестности и справедливости поведения сторон на всех стадиях их взаимоотношений. Специфика американской контрактной культуры образуется из совокупности пяти взаимосвязанных поведенческих канонов: максимального использования возможности, предоставленной принципом диспозитивности в договорном праве (maximum use of the opportunity presented by the principle of dispositiveness in contract law), представления идеального договора как всеохватывающего и самообслуживающегося закона для сторон (perception of an ideal contract as an all-encompassing and

self-contained «law of the parties»), ключевой роли юриста при составлении договора (key role of a lawyer in the drafting of a contract), укоренившейся традиции добровольного надлежащего исполнения договоров сторонами (entrenched tradition of voluntary proper performance of contracts by the parties), традиционного предпочтения разрешения договорных споров во внесудебном порядке, т. е. в третейском суде (traditional preference for commercial arbitration over court litigation as a method of resolving contract disputes). Прейдем к рассмотрению каждого из перечисленных факторов.

Канон 1. Используя возможность, предоставленную им диспозитивными нормами договорного права, контрагенты должны составить свой «частный закон». Все условия договора делятся на императивные и диспозитивные. В свою очередь, диспозитивные условия делятся на согласованные (negotiated terms) и дополняющие (default terms) (т. е. применяемые при отсутствии прямого выбора самих контрагентов). Согласно принципу диспозитивности в договорном праве, контрагенты вправе свободно устанавливать по своему усмотрению условия договора, т. е. права и обязанности, а также другие существенные условия договора, поскольку они действуют в рамках императивных норм договорного права. То есть законодательство устанавливает обязательные параметры (императивные требования) договора, а в рамках этих императивных требований законодательства стороны свободны в установлении их прав и обязанностей и прочих условий договора. В соответствии с этим принципом стороны американского договора стремятся предвидеть и регламентировать все аспекты создаваемых правоотношений и не оставить никаких лазеек для применения дополняющих положений гражданского кодекса. Но при этом контрагенты не могут своим соглашением обходить императивные нормы права. Например, контрагенты не могут своим соглашением изменить срок исковой давности, освободить должника ex ante facto от ответственности за умышленное нарушение договора, установить карательную неустойку, отменить требования, предъявляемые законодательством к реальному договору¹⁵.

Канон 2. При составлении своего «частного закона» нужно подготовить такой всеохватывающий договор, который по своему содержанию максимально «вытесняет» все диспозитивные нормы гражданского законодательства. Исходя из того, что в англо-американском праве договор рассматривается как «частный закон сторон»,

¹⁴ Сущность и основные принципы современного американского договорного права рассматриваются в книге: Emanuel S. L. Op. cit.

¹⁵ Подробнее об ограничении принципа свободы договора в англо-американском праве см.: Осаке К. Свобода договора в англо-американском праве: понятие, сущность и ограничения // Журнал российского права. 2006. № 7. С. 84.

контрагенты стараются составить такой идеальный договор, который бы комплексно регламентировал все аспекты их взаимоотношений. Поэтому идеальный американский договор чрезмерно объемный¹⁶ по сравнению с типичным романо-германским договором. Это объясняется тем, что англо-американский договор содержит не только основные права и обязанности сторон, но и определения употребляемых терминов (например, коммерсант, продавец, изготовитель, потребитель и т. д.), уточнение параметров основополагающих принципов, применяемых в самом договоре (например, непреодолимая сила, добросовестность, разумность, справедливость, крушение договора и т. д.), применяемое коллизийное право при разрешении споров, определение механизма для разрешения споров по данному договору (например, в суде или в третейском суде; если в третейском суде, в каком именно третейском суде, метод отбора арбитров и т. д.).

Канон 3. Экономически более рентабельно и юридически более мудро доверить составление вашего договора адвокату. Сердцевиной американской договорной культуры является то, что при составлении договора ключевую роль выполняет юрист. Если закон рассматривается как частный закон сторон, основным разработчиком (автором) данного частного закона является юрист. Именно он обеспечивает полное соответствие условий договора императивным требованиям законодательства. Именно он обеспечивает полное соответствие условий договора воле сторон. За полное соответствие договора требованиям законодательства, а также за полное отражение воли сторон в условиях договора юрист несет гражданско-правовую ответственность. Соответственно, юрист застрахован от риска недоброкачественного составления договора (*legal malpractice liability insurance*). Иными словами, юридическая грамотность договора обеспечивается доброкачеством услуг юриста.

В американской договорной культуре роль юриста не ограничивается лишь разработкой договора. Юрист участвует во всех четырех стадиях жизни договора, т. е. на стадии заключения, исполнения, изменения и прекращения договора. Именно он разрабатывает проект договора и представляет его сторонам для их согласования, следит за исполнением договора сторонами, разрабатывает текст последующих изменений или модификаций основного договора (например, при новации, при уступке прав или переводе долга в первоначальном договоре и т. д.) и предоставляет его сторонам для их одобрения, разрабатывает текст согласованного прекращения основного договора (например, при отступном) и предоставля-

ет его сторонам для их ратификации. Специфика данной культуры заключается в том, что юрист относится к договору как к своему детищу, и его роль в жизни этого юридического детища аналогична роли врача в жизни человека.

Канон 4. Нарушение договора экономически нерентабельно, морально предосудительно и, соответственно, абсолютно не рекомендуется. Одной из форм проявления американской договорной культуры является коренная традиция добровольного надлежащего исполнения договора сторонами. Исследование договорной практики в США (во всех 50 штатах и 6 федеральных судах, а также в округе Колумбия) показывает, что 97 процентов всех заключенных договоров добровольно и надлежащим образом исполняются сторонами. То есть лишь три процента всех заключенных договоров нуждаются в применении способов и методов принудительного исполнения. Этот феномен объясняется двумя причинами — тщательностью процесса разработки и заключения договора при главенствующей роли юриста и экономической нерентабельностью нарушения договора для нарушающей стороны. В англо-американском договорном праве суровость санкций за нарушение договора — это предупреждение сторон о том, что нарушать договор просто невыгодно.

Канон 5. При разрешении договорных споров нужно пытаться не прибегать к судебному методу. Идеальное договорное правоотношение заканчивается мирно, т. е. надлежащим исполнением взятых на себя всеми сторонами всех обязательств. Идеальный договор — это тот договор, в котором все противостояния позиций сторон разрешаются на стадии преддоговорных переговоров путем согласования их воли, и в котором дальнейшие отношения между сторонами после заключения самого договора развиваются плавно и бесконфликтно, вплоть до окончательного прекращения всех отношений между контрагентами. Но если все-таки одна из сторон нарушит договор и появится надобность прибегнуть к механизму принудительного исполнения договора, американская правовая культура предпочитает третейский суд, по разным соображениям — стоимость третейского процесса дешевле стоимости судебного процесса, третейский процесс проходит быстрее, чем судебный процесс, процесс укомплектования состава третейского суда дает сторонам в споре назначить арбитра, который им симпатичен (т. е. процесс дает сторонам возможность повлиять на состав третейского суда), третейский процесс дает сторонам возможность избежать участия присяжных заседателей (жюри) в разрешении их договорного спора, что, в свою

¹⁶ Юридическая техника составления договора в англо-американской правовой культуре раскрывается в книге: Фокс Ч. Составление договоров — чему не учат студентов (пер. с англ.). М.: Альпина Бизнес букс, 2007.

очередь, влияет на качество решения и на стоимость процесса.

В итоге суть современной американской договорной культуры сводится к следующему — довести роль диспозитивных норм (default terms) гражданского законодательства до абсолютного минимума при определении условий договора, безупречности соблюдения всех императивных норм договорного права при составлении самого договора, максимизировать уровень договоропослушности (т. е. законопослушности, так как договор считается частным законом) контрагентов, свести к абсолютному минимуму роль суда при разрешении договорных споров.

5. Заключительные размышления по поводу современной американской правовой культуры

Современная американская договорная культура является американизированной, т. е. конституционализированной разновидностью английской правовой культуры. Она образовалась под влиянием трех характеризующих факторов, т. е. моральных принципов протестантизма, философских постулатов пуританизма и руководящих норм американской Конституции 1787 г. Данная правовая культура рассматривает приверженность верховенству права как наивысшую ценность цивилизованного общества. Квинтэссенция данной правовой культуры отражается в ее двух аксиомах — «equal justice under law» (равное правосудие в соответствии с правом) и «ours is a government of laws and not of men» (наше управление — управление права, а не людей). Краеугольным камнем данной правовой культуры является значение юриста как основного га-

ранта прав и свобод граждан, и в связи с этой ментальностью юрист считается лучшим другом человека. Данная правовая культура проявляется в двенадцати общих формах, а также в отдельных отраслевых формах. Наиболее значимыми отраслевыми формами проявления современной американской правовой культуры являются ее деликтная культура и договорная культура.

Первая из этих двух отраслевых правовых культур пропитана духом неукротимого индивидуализма американского общества, суть которого в том, что каждый человек — это самостоятельный остров, и он не потерпит недозволенного вторжения на него со стороны любого другого острова или публичной власти. Данная деликтная культура довела традицию сутяжничества до уровня паранойи. Вторая выражает философский принцип пуританизма, согласно которому договор рассматривается как обещание. Каноном этой философии является абсолютная недопустимость неверности собственному обещанию. Согласно данной философии контрагенты в любом договоре и на всех стадиях их договорных отношений должны относиться друг к другу добросовестно и честно. В системе договорных отношений нет и не должно быть места обманным приемам. Дух данной договорной философии заключается в аксиоме «*fraus omnia corrumpit*» (обман все разрушает). Такой философский подход к договору и к договорным отношениям отличается от противоположной договорной культуры, согласно которой продавец любого товара изначально настроен на то, что «не обманешь — не продашь». Лишь на фоне вышепредставленной американской правовой культуры, т. е. через призму этого юридического мировоззрения, можно полностью понять сущность современного американского права.