Каневский Антон Анатольевич. Место Галахи (иудейского права) в национальных системах правового регулирования: диссертация ... кандидата юридических наук: 12.00.01 / Каневский Антон Анатольевич;[Место защиты: Институт государства и права].- Москва, 2014.- 183 с.

**Содержание к диссертации**

Введение

**Глава 1. Галаха как нормативно-правовая система 19**

1.1. Исторические аспекты функционирования галахи 19

1.2. Галаха как объект юридического исследования 57

1.3. Галахическое представление о нормативном регулировании 77

**Глава 2. Соотношение галахических норм и позитивного права 102**

2.1. Галахический принцип обязательности законов государства 102

2.2. Галахические ограничения на обращение в суды 135

Заключение 153

Список литературы

## Галаха как объект юридического исследования

Анализ функционирования галахи показывает, что в ней действует многоуровневая система источников. Термин «источник» здесь можно использовать в значении, предложенном Г.И. Муромцевым: «обусловленный характером правопонимания данного общества способ признания социальных норм в качестве обязательных»78. При этом необходимо учитывать, что общеобязательный характер галахических норм вытекает из того, что они сами и способ их толкования и применения к конкретным ситуациям были переданы в рамках учения, полученного на горе Синай Моисеем. Часть этих норм была записана, но их интерпретация продолжается до сих пор, так что новые решения авторитетных раввинов оказываются формой выражения и закрепления этих норм.

Относима к галахе и такая характеристика древнего правопонимания, как его традиционный характер. Как отмечает Г.И. Муромцев, «традиционный характер «права» исключает возможность его развития посредством правотворчества в его современном смысле: ведь каждый шаг в развитии общества соизмеряется здесь с древней традицией… Авторитет… источников прямо пропорционален древности их возникновения. Иными словами, самый древний источник является и основополагающим»79. Основополагающий не значит приоритетный: действует правило «галаха – по мнению последних», т.е. по мнению, сформулированному позднейшими авторитетами на основе всей системы источников, в первую очередь, разумеется, древнейших из них.

Для обеспечения функционирования общества галаха допускает также введение новых законов, не предусмотренных существующими источниками. Это не является основой галахи, однако «постановления» – сфера наиболее близкая феноменам других правовых культур. Классическим источником, посвященным такого рода нормотворчеству является сформулированное авторитетом испанских евреев Ш.Адеретом (Рашба) позволение установить процессуальные нормы, отличные от предусмотренных Торой. Э.Валденберг, один из авторитетнейших раввинов 20 в. (в том числе в вопросах, возникших в связи с достижениями медицины), анализируя слова Рашба, отмечал: «Отсюда открывается дверь для введения постановлений в имущественном праве руководителями еврейского народа». Слова Рашба касались критерия приемлемости свидетельских показаний. Контекст, в котором было высказано мнение Рашба, чрезвычайно интересен с юридической точки зрения, что оправдывает небольшое отступление.

Согласно предусмотренной Торой процедуре судебной проверки свидетельских показаний, их достоверность практически невозможно доказать. При этом суд может основываться только на показаниях свидетелей, косвенные доказательства во внимание не принимаются. «Синедрион, выносящий смертный приговор раз в семь лет, называется кровавым, Рабби Элиэзер говорит – раз в семьдесят лет. Рабби Акива и рабби Тарфон говорят: “Если бы мы заседали в Синедрионе80, никогда не был бы вынесен смертный приговор”»81. Кроме того, процесс имел целью оправдать обвиняемого: «Если смогли оправдать его, освобождают его, а если нет – переносят суд на завтра, тем временем судьи делятся на пары82, весь день мало едят, не пьют вина и обсуждают [дело] всю ночь; а на следующий день встают рано утром и идут в суд. Считавший необходимым оправдать вчера может сказать «оправдываю по-прежнему»; считавший необходимым признать виновным может сказать «признаю виновным»; cчитавший необходимым признать виновным может изменить свою позицию и сказать, что считает необходимым оправдать, но считавший необходимым оправдать не вправе (здесь и далее в данной цитате выделено мной – А.К.) изменить свою позицию и высказаться в пользу признания виновным… Если смогли оправдать – освобождают, если нет – ведут счет [судей]: двенадцать оправдывают, одиннадцать обвиняют – оправдан. [Оправдательный приговор мог выноситься большинством в один голос, а обвинительный – большинством не менее, чем в два голоса.] Одиннадцать оправдывают, двенадцать обвиняют, или одиннадцать обвиняют, одиннадцать оправдывают и один говорит «не знаю» ... добавляют судей83. До какого момента добавляют судей, по двое за один раз?84 – Пока их не станет семьдесят один. Тридцать шесть оправдывают, тридцать пять обвиняют – оправдан, тридцать шесть обвиняют, тридцать пять оправдывают – обсуждают одни с другими, пока не сочтет один из обвиняющих слова оправдывающих убедительными Закончился суд [обвинительным приговором] – выводят его к побиению камнями. Место побиения камнями находилось снаружи [вдалеке] от суда, как сказано «и выведите проклинающего»85. Один стоит у входа в суд и флаг в руках его, а один человек на лошади [на большом расстоянии], чтобы видеть того [кто с платком]. Говорит один [из судей], есть у меня новый аргумент в его оправдание – тот поднимает флаг, а всадник останавливает [ведущих осужденного, чтобы ждали, пока суд разберет новый аргумент]. И даже если осужденный сам скажет «есть у меня что-то в мое оправдание», возвращают его, даже сорок пять раз. И только, чтобы было что-то разумное в его словах86. Нашли оправдание – освобождают, а если нет – идет к месту побиения камнями, и глашатай идет перед ним [и объявляет] “имярек, сын имярек, выходит к месту побиения камнями за совершения преступления [называл преступление], а имярек и имярек свидетельствовали против него. Всякий, у кого есть, что сказать в его оправдание, пусть выйдет и сообщит!”»87

В связи с этим Рашба писал: «Представляется мне, что если свидетели внушают доверие судьям, дозволяется им назначить [на основе их свидетельства] штраф или телесное наказание согласно тому, что им кажется уместным, и это [необходимо] для существования общества. Ведь если вы будете судить всех только по законам, установленным Торой, и не применять никаких наказаний, кроме тех, что предусматриваются Торой за ранения и тому подобное, мир будет разрушен, поскольку всегда будут нужны свидетели [абсолютно безукоризненные] и предупреждение88»89.

Гуманизм приведенных галахических идей может служить иллюстрацией тезиса проф А.И. Казанника о том, что талмудические нормы являются «прекрасным образцом и для законодателей современных парламентов, особенно Федерального Собрания России»

## Галахическое представление о нормативном регулировании

Преступник среди нас явление редкое» [18 (176)]. «…Заставить нас отступиться от этих законов не может ни страх перед победителями, ни желание подражать почитанию чужих святынь. Мы воспитывали в себе не то мужество, которое нужно для ведения войны ради наживы, а то, с которым должно соблюдать собственные законы. Именно потому мы терпеливо переносим все прочие беды, и только когда нас заставляют нарушить наши законы, мы бесстрашно вступаем в жестокую войну и стойко переносим все несчастия, вплоть до самых страшных. Чего ради стали бы мы подражать чужим законам, если мы видим, что они не исполняются даже теми, кто сам их учредил?» ]37 (262)[ «Лакедемоняне соблюдали собственные законы неукоснительно, пока были свободны, но когда счастье изменило им, они почти совершенно о них позабыли. А мы, изведавшие на себе крайнее непостоянство судьбы из-за сменяющих друг друга властителей Азии, в величайшей нужде и опасностях не предали своих законов, причем следовали им не ради своего удовольствия или успокоения… Требования, которые они предъявляют к нам, гораздо более серьезные и трудноисполнимые [чем спартанские законы]» [31 (220)].

Г.В. Мальцев указывает, что Флавий в своей восторженной апологии, «как и полагается в подобных случаях, умолчал о принудительных сторонах еврейского права»213. Применительно к галахе на это возражение можно ответить историческим примером, ставшим классическим в западной компаративистике214. Известно хрестоматийное высказывание ребе Леви-Ицхака (раввина города Бердичева в конце XVIII – начале XIX в.): «Тысячи жандармов и таможенных чиновников по повелению земного царя следят за перемещением товаров – и в Бердичеве есть любая контрабанда; у небесного Царя нет ни жандармов, ни таможни, а хлеба в Песах215 у евреев не найти!». Тема обоснования исполнения норм рассматривается подробнее в параграфе 1.3. Предварительно можно заключить, что вопрос о принуждении к исполнению галахических норм не может быть сведен к социальному принуждению.

Галаха в контексте правового плюрализма Проблема относимости галахи к сфере юридического встает наиболее остро, когда ее нормы рассматриваются участниками спора как альтернативные нормам иной правовой системы216. Примечательно, что Дж. Д. Блайх приводит процитированные выше аргументы судьи Ш. Аграната в статье, посвященной применению еврейского права на основании принципа международной вежливости217. Он обосновывает свою идею примером, связанным не с семейным, а с гражданским правом. В 1984 г. Верховный суд штата Нью-Йорк был вовлечен в разрешение спора о праве собственности на еврейские книги, ранее принадлежавшие учебному заведению, находившемуся в Берлине и вывезенные в 1939 г. чудом спасшимся преподавателем. Дж.Д. Блайх пишет: «Весьма сомнительно, что какой-либо суд Соединенных Штатов применил бы218 к такому спору право нацистской Германии, поскольку на момент, когда обсуждаемые события имели место, евреи были лишены возможности обращаться в немецкие суды, как в качестве истцов в спорах с участием не-евреев, так и для разрешения споров между собой. Несмотря на то, что евреям не было формально запрещено обращаться в немецкие суды вплоть до 1942 г., практически они были лишены возможности использовать правоохранительные органы Третьего рейха значительно раньше219. Единственным сектором правового поля, который оставался доступен евреям для разрешения споров, были раввинские суды, чьи решения определялись еврейским правом»220. Свою ссылку на принцип международной вежливости (comitas gentium) Дж.Д. Блайх обосновывает следующим рассуждением: «Принцип вежливости основан на том, что сторонам, которые действуют в соответствии с устоявшейся и признанной системой права, должна быть предоставлена защита согласно данной системе права, в границах не противоречащих публичному порядку. Еврейское право, хотя и не является правом какого-либо суверенного государства, признано и является установившимся. В течение всего средневековья, а в действительности, вплоть до периода эмансипации [XVIII в.- А.К.], евреям представлялись различные условия правовой автономии практически всеми юрисдикциями Европы. Несмотря на отсутствие географического суверенитета, евреи представляли собой «imperio in imperio», и их правовая система признавалась государствами, в которых они проживали»221.

В современном мире близкие вопросы возникают в связи с применением шариата. В частности, проблема применения норм шариата государственными судами в настоящее время остра и в США. Этот вопрос волнует не только профессиональное юридическое сообщество, но и широкую общественность. На референдуме, проведенном в 2010 г. в штате Оклахома, поддержку 70% проголосовавших получила поправка к конституции штата, предусматривавшая запрет судам применять нормы шариата. Фактор общественной озабоченности имеет в данном случае большее значение, чем наличие реальных правовых затруднений: в Оклахоме шариат судами никогда не применялся. Однако в целом по стране немалочисленное исповедующее ислам население несомненно заинтересовано в расширении пределов продуктивного взаимодействия американской правовой системы и шариата.

Имеющие место прецеденты свидетельствуют о том, что вопрос о применении норм шариата не сводится к применению иностранного права или признанию иностранных судебных решений. Так в деле Одаталла222 суд обязал мужа уплатить жене 10 тыс. долларов, на основании соглашения о махре (приданом), которым он себя добровольно связал, заключив брак по мусульманскому ритуалу на территории штат Нью-Джерси. Суд сослался на опыт американских судов, признававших силу иудейского брачного договора – ктубы (подробнее см. 1.1).

Весьма распространенным аргументом, выдвигаемым защитниками применимости шариата в судах, также является принцип международной вежливости223. Этот принцип применим не только к нормам, действующим в иностранном государстве, но и в некоей обособленной группе. Однако с точки зрения различных этно-конфессиональных групп использование принципа вежливости может оказаться и контрпродуктивным для гармонизации законодательства страны с религиозным или обычным правом. При рассмотрении споров, связанных с правами коренных народов, суды различных государств нередко, отдав дань многообещающим декларациям в духе принципа вежливости, не предоставляли защиты юридической автономии аборигенов

## Галахический принцип обязательности законов государства

Действительность законов, распространяющих свое действие не на всю территорию страны Раввин Э.Валденберг386 видит в процитированных в начале параграфа словах Рашбама основания для того, чтобы считать, что галаха признает значение даже законов, имеющих локальное значение. «Все установленные королевскими законами налоги, сборы и подати, которые обыкновенно приняты в королевствах, имеют обязательную силу, поскольку все жители такого государства по своей воле признают указы короля и его законы; поэтому они имеют полную галахическую силу; и человек, удерживающий имущество другого, в соответствии с королевским законом, действующим в данном городе, не нарушает запрет открытого захвата чужого имущества». Он ссылается на вторую часть фразы Рашбама. Аналогично, он указывает на необъяснимую иначе многословность Рамбама «всякий закон [о налоге], установленный царем в отношении каждого, а не в отношении одного отдельно взятого человека – не грабеж» 387. Из выражения «в отношении каждого», уже следует, что «не в отношении одного отдельно взятого человека». Следовательно, считает Э. Валденберг, смысл этого выражения не в том, что закон должен распространяться на всех жителей страны, а только в том, чтобы он касался каким 384 Рабби Видаль ди Толоса (1283-1360 гг) - Автор «Магид Мишне», комментария к «Мишне тора»

Сам рав Валденберг признает, что его позиция разделяется далеко не всеми основными авторитетами, в частности, не соответствует словам «Арбаа Турим», где сказано, что принцип «закон государства - закон» касается только постановлений царя, распространяющихся на всю страну. (Впрочем, автор предлагает способ интерпретировать слова кодекса «Арбаа Турим», (отступив, по его собственному замечанию, от буквального смысла) как соответствующие его позиции).

Один из первых авторитетов, который прямо озвучивает противоположную позицию, то есть распространяет правило «закон государства - закон» только на нормы, действующие по всей стране – раввин Яааков бен Меир (Рабейну Там): «Не говорят «закон государства – [галахически обязательный] закон», кроме как в случае, когда царь устанавливает равные законы для всех жителей своего царства, но если он устанавливает особые законы для одной из подвластных ему земель – это не имеет галахической силы»389.

Для дальнейшей истории вопроса принципиальное значение имеет несогласие с аргументацией Раббейну Тама, высказанное Рабби Ашером («Рош»)390. Раввин А.Х. Де-Ботон (ок. 1560 – ок. 1605) глава талмудической академии г. Салоники - одного из важнейших городов испанского еврейства после изгнания из Испании, писал, что Рош не согласен ни с аргументацией, ни с выводом Раббейну Тама391. Многие законоучители392, в том числе судья раввинского суда того же города Х. М. Амариллио (1695-1748), упоминали393 доводы394 в пользу того, что Рош, оспаривая аргументы Раббейну Тама, соглашается с его заключением, о том, что принцип «закон государства - закон» не распространяется на постановления ограниченной территории действия. «Шулхан Арух А-Рав»395 упоминает равное действие по всей территории страны как необходимое условие применения к закону правила «дина демалхута дина» (и по-видимому, считает, что в конечном счете Рош согласен с позицией Рабейну Тама).

В «Бейт Йосеф» приводится замечание Рабби Ицхака бар Переца, подчеркивающее, что галаха не придает значения законам, регулирующим деятельность узкой группы лиц, например, касающимся только тех, кто одалживает под проценты396.

Галахический статус законов, распространяющихся только на евреев Галахический статус законов, распространяющихся только на евреев, был предметом дискуссий. Рабби Йосеф Колон Тработто (Маарик)397 признавал эти законы подпадающими под общее правило «закон государства - закон» и писал: «даже по мнению рабейну Там, (т.е. «закон государства – [галахически обязательный] закон» только в случае, когда царь устанавливает равные законы для всех жителей своего царства), если вводится закон, согласно которому евреи должны платить налог больше, чем представители других народов, поскольку все евреи платят столько, это называется «устанавливает равные законы» и это [галахически обязательный] закон»398. Эта позиция воспроизводится у Рамо399.

По-видимому, многочисленные преследования евреев были причиной появления в средневековых комментариях к Талмуду следующего замечания: «[Относительно] евреев, бегущих из своего города: если правитель захватывает их недвижимое имущество, … или … правитель передал землю другим лицам, чтобы взимать с них этот налог, - сказал Ри, что если еврей купит такую недвижимость у правителя, она подлежит возврату первоначальному владельцу … . Причина в том, что такое действие – не «закон государства», а «грабеж государства». Поскольку мы видели в странах, которые нас окружают, что статус евреев позволяет им жить самостоятельно в любом месте, где пожелают. И они опираются на закон королевства, что не вправе захватить правитель [видимо, либо вассал, либо бургомистр] имущество евреев, когда, они покидают его город. И так было принято в земле Бургундии. А если правитель400 станет менять закон, устанавливать закон по-своему401, это не имеет статуса закона королевства, поскольку это закон совершенно несообразный, и это подобно сборщику налога, размер которого не определен402 [и требованиям сборщика в таком случае не надо подчиняться]»403.

Это мнение Ри касалось евреев, проживающих в землях, где на них, как видно из текста, распространялся весьма своеобразный статус «отличавшийся от статуса [большей части] остальных людей в то время, которые должны были оставаться на обрабатываемой ими земле и не оставлять ее. Евреи же, имевшие обособленный статус, были вправе жить в любом месте по своему желанию, - такова была их договоренность с кесарем… поэтому у местного властителя не было права наказывать евреев и захватывать их недвижимое имущество за то, что они оставили город, в котором жили»404

## Галахические ограничения на обращение в суды

В диссертации рассмотрена галаха, как нормативная система, действующая в течение трех тысячелетий на основе одной и той же «базовой нормы» (в Кельзеновском смысле). Независимо от того, на территории какого государства проживали евреи, они единообразно подчинялись данной системе норм, причем, с галахической точки зрения данная ситуация осталась неизменной и поныне. Если «вечная современность» римского права обусловлена практичностью его принципов и интеллектуальной привлекательностью, то заведомая актуальность галахи вытекает из представления о ее обязательности, независимой от усмотрения субъектов. С точки зрения евреев, чтущих свое наследие, ни уравнение евреев в политических правах с представителями других национальностей, ни создание государства Израиль, принципиально не изменило оснований действительности галахических норм, актуальных в современных условиях также как и в прошлом. Этот вывод позволяет скорректировать тенденцию рассматривать «иудейское право» как нормативную систему, имевшую значение только в древней истории евреев и в новейшей истории государства Израиль.

В литературе, посвященной праву древних обществ, часто рассматривается «слитное правопонимание», где условно выделяемое право предстает как «интегральная часть существующего мирового порядка», а сам этот порядок - как «продукт божественной воли»525. Эта идея применима к галахе с учетом ряда оговорок. С одной стороны, действующие по сей день галахические нормы, подобно нормам права в западном понимании, четко отличаются от норм этики и моральных норм особой формой закрепления: они заключены в позитивно наличествующих источниках или выводимы из них. Нормы, санкционированные совокупностью Письменной и Устной Торы, носят общеобязательный характер, в отличие от норм, которые могут быть желательны или интеллектуально привлекательны. С другой стороны, мировой порядок, согласно иудейской философии, является продуктом божественной воли – той же воли, что санкционировала систему галахических норм. Однако галахические нормы не стоят в ряду с познаваемыми закономерностями природного порядка вещей. Наоборот, человек призван, руководствуясь сообщенными ему предписаниями, исправить мироздание, завершить процесс творения – «внести десять заповедей в мир, сотворенный десятью речениями», раскрыть связь заповедей с материей526. В силу этого, нормы, регулирующие «отношения человека с тем, кто является средоточием мироздания» и нормы, регулирующие «отношения человека с его ближним» составляют неразрывное единство, что вновь роднит галаху с древними правовыми системами. В современных условиях галахе присущи и такие свойства древних правовых систем, как традиционный характер правопонимания, и отсутствие нужды в санкции государства527.

В настоящее время на любой территории, где действует галаха, одновременно действует также иная правовая система. Соответственно, различные правовые системы предусматривают рамки признания действительности галахических норм. Одновременно, нормативная система галахи испокон веков предусматривает для своих субъектов пределы действительности законов и судебных решений, принятых в рамках других правовых систем.

Признание галахой законов страны в качестве обязательных распространяется только на императивные нормы, регулирующие строго определенный круг имущественных отношений. Признание соответствующих норм обязательными основано не на том, что евреи, живя на территории любого государства, заведомо подчинены ему, а на том, что галаха, как абсолютно самостоятельная система норм и принципов, предписывает такое поведение528. Несмотря на то, что изначально эти галахические принципы были сформулированы более тысячи лет назад в условиях, когда евреи проживали только в странах с монархической формой правления, применимость данных принципов к иным формам правления обоснована современными авторитетами, исходя из смысла галахических источников.

По общему принципу галахи, евреям предписано разрешать споры между собой, во-первых, исключительно по «закону Моисея», и, во-вторых, делать это только в уполномоченных органах, т.е. в раввинских судах. Любые иные судебные органы, существующие в странах проживания евреев, неизбежно руководствуются чуждой галахе идеологией. Соответственно, галаха содержит довольно строгую sui generis оговорку о публичном порядке529, ограничивающую галахическое признание судебных решений, принятых иными, нежели предусмотрено галахой органами.

В диссертации приведены примеры случаев, когда органы государственной власти рассматривают раввинского суды и в качестве самостоятельных органов, и в качестве не имеющих существенного значения экспертных учреждений. С другой стороны, приводятся примеры того, как авторитетные раввины в своих респонсах оценивают значение решений государственных органов с точки зрения галахи, указывая, одновременно, и на обязательность таких решений, и на невозможность им следовать в случаях, когда это связано с отступлением от императивных норм галахи.

Изучение соотношения галахи и национального позитивного права позволяют выявить идеологические аспекты различных правовых систем, значение которых подчеркивается в рамках интегративного подхода Г.Дж. Бермана.

Не требует доказательств значение иудейского права в распространении идей об универсальных ценностях человеческого общества. В данном исследовании показано, каким образом аутентичные источники галахи позволяют точнее выявить смысл данной системы норм, раскрыть соотношение национального, межнационального и универсального аспектов «закона Моисея». Исследование показывает место галахи в национальных системах правового регулирования, что позволит органам государственной власти РФ эффективно регулировать отношения, субъекты которых подчинены галахе, в частности, в сфере семейного и гражданского права